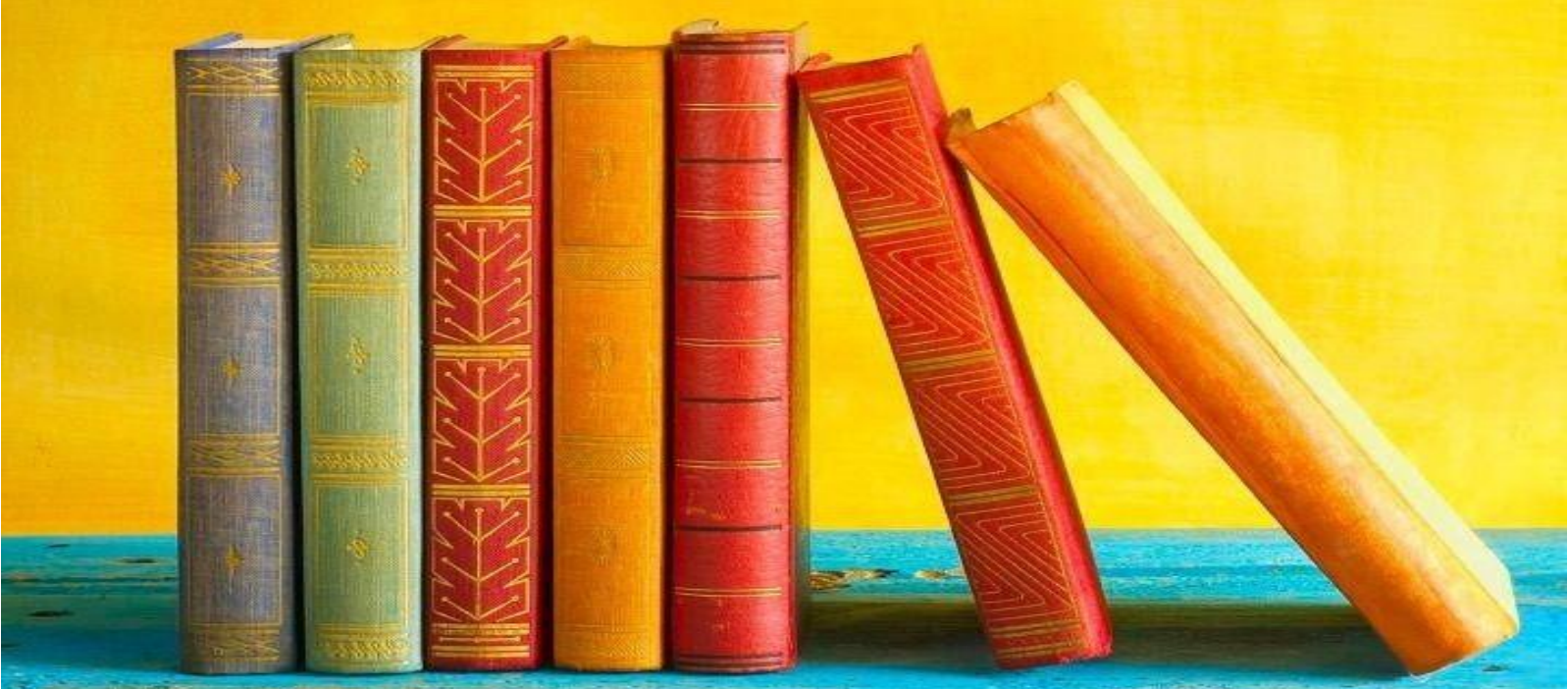
AKHMAD KHISNI

TRANSFORMASI HUKUM ISLAM KE DALAM HUKUM NASIONAL



Studi tentang Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam dan Kontribusinya terhadap Hukum nasional

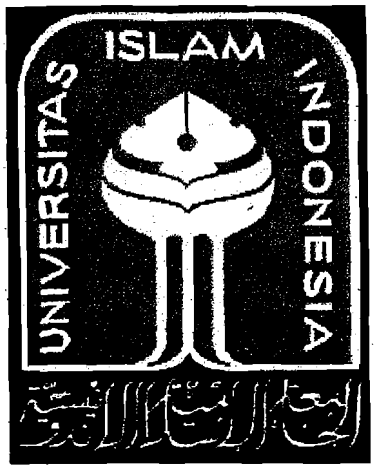
WORLD CLASS ISLAMIC UNIVERSITY

UNISSULA

UNIVERSITAS ISLAM SULTAN AGUNG

SEMARANG – INDONESIA

https://unissula.ac.id/



TRANSFORMASI HUKUM ISLAM KE DALAM HUKUM NASIONAL (STUDI IJTIHAD HAKIM PERADILAN AGAMA TENTANG PENGEMBANGAN HUKUM KEWARISAN DALAM KOMPILASI HUKUM ISLAM DAN KONTRIBUSINYA TERHADAP HUKUM NASIONAL

OLEH :

Akhmad Khisni

NPM : 05932004

DISERTASI

PROGRAM DOKTOR (S-3) ILMU HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA
YOGYAKARTA
2011

TRANSFORMASI HUKUM ISLAM KE DALAM HUKUM NASIONAL (STUDI IJTIHAD HAKIM PERADILAN AGAMA TENTANG PENGEMBANGAN HUKUM KEWARISAN DALAM KOMPILASI HUKUM ISLAM DAN KONTRIBUSINYA TERHADAP HUKUM NASIONAL)

Oleh:
Akhmad Khisni
NPM. 05932004

DISERTASI

Telah Diperiksa dengan Cermat dan Dinyatakan Layak untuk Diajukan pada Ujian Terbuka Disertasi (Promosi Doktor) sebagai Salah Satu Syarat untuk Memperoleh Gelar Doktor dalam Bidang Ilmu Hukum pada Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia

Prof. Dr. Syamsul Anwar, M.A.
Promotor

Pror. Dr. Amir Mu'allim, MIS.
Co Promotor

TRANSFORMASI HUKUM ISLAM KE DALAM HUKUM NASIONAL (STUDI IJTIHAD HAKIM PERADILAN AGAMA TENTANG PENGEMBANGAN HUKUM KEWARISAN DALAM KOMPILASI HUKUM ISLAM DAN KONTRIBUSINYA TERHADAP HUKUM NASIONAL)

Oleh:
Akhmad Khisni
NPM. 05932004

DISERTASI

Telah Diperiksa dengan Cermat dan Dinyatakan Layak untuk Diajukan pada Ujian Terbuka Disertasi (Promosi Doktor) sebagai Salah Satu Syarat untuk Memperoleh Gelar Doktor dalam Bidang Ilmu Hukum pada Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia

DEWAN PENGUJI

Prof. Dr. Khoiruddin Nasution, M.A ( ) (12/7/11)

Prof. Dr. Abdul Ghofur Anshori,SH., MH. ( ) (12/7/11)

Dr. Drs. Muntoha, SH., M. Ag. ( ) (12/7/11)

Drs. Agus Triyanto, M.A., M.H., Ph.D. ( ) (12/7/11)

TRANSFORMASI HUKUM ISLAM KE DALAM HUKUM NASIONAL (STUDI IJTIHAD HAKIM PERADILAN AGAMA TENTANG PENGEMBANGAN HUKUM KEWARISAN DALAM KOMPILASI HUKUM ISLAM DAN KONTRIBUSINYA TERHADAP HUKUM NASIONAL)

Oleh:
Akhmad khisni
NPM. 05932004

DISERTASI

Telah Diterima dan Diperiksa dengan Cermat Serta Dinyatakan Layak untuk Diajukan pada Ujian Terbuka Disertasi (Promosi Doktor) sebagai Salah Satu Syarat untuk Memperoleh Gelar Doktor dalam Bidang Ilmu Hukum pada Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia

Yogyakarta,.....
Mengetahui/Mengesahkan
Ketua Program Pascasarjana Fakultas Hukum
Universitas Islam Indonesia

Dr. Ni'matul Huda, S.H., M.Hum.

KATA PENGANTAR

Puji dan syukur dipanjatkan kehadirat Allah SWT, yang telah memberikan nikmat dan karunia-Nya kepada penulis, sehingga penulis dapat menyelesaikan disertasi ini. Disertasi ini dibuat dalam rangka untuk sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar doktor dalam bidang ilmu hukum pada Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum di Lingkungan Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta.

Berkaitan dengan topik disertasi ini, yaitu: "TRANSFORMASI HUKUM ISLAM KE DALAM HUKUM NASIONAL (STUDI IJTIHAD HAKIM PERADILAN AGAMA TENTANG PENGEMBANGAN HUKUM KEWARISAN DALAM KOMPILASI HUKUM ISLAM DAN KONTRIBUSINYA TERHADAP HUKUM NASIONAL), penulis telah melakukan berbagai penelitian yang berhubungan dengan masalah-masalah pengembangan Kompilasi Hukum Islam sejak penulis kuliah program magister hukum (S-2) di Universitas Indonesia (UI) Jakarta. Penulis tidak henti-hentinya memperhatikan pengembangan Kompilasi Hukum Islam melalui putusan (yurisprudensi) dan ijtihad hakim Peradilan Agama dan kontribusinya terhadap hukum nasional. Sumbangan Yurisprudensi hukum perdata Islam yang menjadi wewenang Peradilan Agama dalam hukum nasional sangat besar artinya, sebab hukum Islam dapat ditransformasikan ke dalam hukum nasional melalui putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama yang digali melalui hukum Islam menjelma menjadi penemuan asas, kaidah hukum yang di dalamnya mengandung tata nilai

religius menjadi hukum nasional dan dapat juga mentransformasikan, melahirkan atau mengadaptasi hukum dalam pandanngan Islam menjadi hukum dalam sistem hukum nasional sehingga tidak lagi ada dualisme antara hukum Islam dengan hukum nasional sebab keduanya menyatu utuh dalam putusan (yurisprudensi).

Dalam proses penelitian sampai dengan selesainya tulisan disertasi ini, penulis menyadari sedalam-dalamnya betapa besar partisipasi, dorongan, bantuan dan bimbingan dari berbagai pihak. Khusus Kepada yang sangat terpelajar Prof. Dr. Syamsul Anwar, M.A. sebagai promotor. Beliau menyediakan waktu dalam memberikan pembimbingan, pengarahan dengan penuh kearifan dan penuh kesabaran, serta kepada yang sangat terpelajar Prof. Dr. Amir Mu'allim, MIS. Sebagai Co. Promotor, dengan kesibukannya masih berkenan meluangkan waktu untuk bimbingan, diskusi dengan penuh kesabaran.

Oleh karena itu, penulis menghaturkan terimakasih yang sedalam-dalamnya kepada yang amat terpelajar Promotor dan Co. Promotor serta para penelaah dan sekaligus sebagai anggota Dewan Penguji atas berbagai koreksi dan masukan atas sempurnanya disertasi ini. Adapun nama-nama tersebut sebagai berikut.

1. Prof. Dr. Syamsul Anwar, M.A. (Promotor).
2. Prof. Dr. Amir Mu'allim, MIS. (Co. Promotor).
3. Prof. Dr. Khoiruddin Nasution, M.A. (Anggota).
4. Prof. Dr. Abdul Ghofur Anshori, S.H., M.H. (Anggota).
5. Dr. Drs. Muntoha, S.H. M.Ag. (Anggota).
6. Drs. Agus Triyanto, M.A., M.H., Ph.D. (Anggota).

Pada kesempatan ini, penulis juga menyampaikan terima kasih kepada:

1. Rektor Universitas Islam Indonesia (UII)Yogyakarta yang telah memberikan kesempatan kepada penulis untuk mengikuti Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum UII Yogyakarta.
2. Ketua Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia (UII) Yogyakarta dan sekretaris Program yang selalu memberikan pelayanan akademis dan dorongannya.
3. Para Guru Besar dan para dosen Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum di Lingkungan Program Pasccasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia.
4. Rektor Universitas Islam Sultan Agung (Unissula) Semarang yang telah memberikan izin kepada penulis untuk melanjutkan studi pada Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum di Universitas Islam Indonesia (UII) Yogyakarta.
5. Dekan, para Wakil Dekan, Para Guru Besar dan teman-teman dosen, teman-teman staf administrasi Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung (Unissula) Semarang yang telah mendorong, menyemangati dan mendo'akan kepada penulis agar selesai studinya dan agar dapat dimanfaatkan khusus di lembaga yang penulis mengabdi.
6. Para staf administrasi Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia, yang selalu memberikan layanan administrasi dengan baik selama penulis aktif studi.

7. Pada kesempatan yang membahagiakan ini, penulis mengucapkan terima kasih yang tiada taranya kepada ayah (*almarhum*) dan ibu yang selalu mendo'akan keberhasilan anaknya sehingga mencapai derajat pendidikan tertinggi, dan sebaliknya penulis mendo'akannya kepada *Ilahi Robby*: " *Allah hummaghfir lahu warhamhu wa'afihi wa'fu'anhu*" dan mudah-mudahan beliau di balas Allah dengan iringan do'a "*Jaza kuma Allah khairal jaza*". Amiin.
8. Secara khusus pula penulis sampaikan terima kasih yang sedalam-dalamnya untuk istri , Diah Mardiyah, S.Psi dan untuk anak kami Khisda Azka Himawan dengan penuh pengertian, mendorong dan mendo'akkan sehingga terselesaikan studi program doktor ini. Untuk itu penulis persembahkan kepada kalian disertasi ini sebagai bukti kasih sayang dan cinta seorang ayah.

Semoga disertasi ini bermanfat, meskipun di sana sini masih terdapat kekurangan. Atas saran, kritikan demi kesempurnaan disertasi ini disampaikan terima kasih. *Wallahu 'alamu bi shawab*.

Yogyakarta, 1 Juli 2011
Penulis

Akhmad Khisni

PERNYATAAN

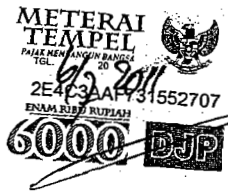
Dengan ini penulis menyatakan:

Bahwa disertasi ini benar-benar terjamin keasliannya dan belum ada penelitian untuk memperoleh gelar doktor dalam bidang ilmu hukum sesuai dengan judul yang diangkat oleh penulis dalam disertasi ini. Jika terdapat beberapa pemikiran para ahli yang diambil dalam disertasi ini adalah hanya sebagai sumber rujukan penulis.

Demikian surat pernyataan ini dibuat dengan sungguh-sungguh dan sebenar-benarnya dan dapat dipertanggung jawabkan.

Yogyakarta, 1 Juli 2011

Dibuat oleh:



Akhmad Khisni, SH. MH

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL		i
HALAMAN PERSETUJUAN PEMBIMBING		iii
HALAMAN PERSETUJUAN DEWAN PENGUJI		iv
HALAMAN PENGESAHAN KETUA PROGRAM		v
KATA PENGANTAR		vi
PERNYATAAN		x
DAFTAR ISI		xi
ABSTRAK		xiv
BAB I	PENDAHULUAN	1
	1.1 Latar Belakang Masalah	1
	1.2 Identifikasi Masalah	29
	1.3 Batasan Masalah	30
	1.4 Tujuan Penelitian dan Kontribusi Penelitian	31
	1.5 Signifikasi Penelitian	33
	1.6 Kajian Pustaka	35
	1.7 Kerangka Teoritik	48
	1.8 Metode Penelitian	90
	1.9 Sistematika Penulisan	100
BAB II	TRANSFORMASI HUKUM ISLAM KE DALAM HUKUM NASIONAL	103
	2.1 Kedudukan Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional	104
	2.2 Hukum Islam dan Pemikirannya di Indonesia	115
	2.3 Pembaharuan Hukum Islam dan Perwujudannya dalam Peraturan Perundang-undangan di Indonesia	149
	2.4 Transformasi Hukum Islam ke dalam Legislasi Nasional	166
BAB III	PERADILAN AGAMA DI INDONESIA	179
	3.1 Sejarah Peradilan Agama di Indonesia	180
	3.2 Peradilan Agama dalam Tata Hukum Indonesia serta dalam Pembinaan Hukum Nasional	194
	3.3 Kedudukan dan Wewenang Peradilan Agama dalam UU. No. 3 Tahun 2006	219
	3.4 Peradilan Agama sebagai Peradilan Keluarga serta Perkembangan Studi Hukum Islam di Indonesia	232
BAB IV	KOMPILASI HUKUM ISLAM DAN IJTIHAD HAKIM PERADILAN AGAMA SERTA HUKUM KEWARISAN DALAM ISLAM	255
	4.1 Kompilasi Hukum Islam (KHI) di Indonesia	255
	4.1.1 Transformasi Kompilasi Hukum Islam (KHI)	

dalam Sistem Hukum Nasional 255
4.1.2 Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam Kontelasi Politik Hukum Nasional 273
4.1.3 Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagai Hukum Terapan Tertulis di Pengadilan Agama 282
4.1.4 Legislasi Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan Pembangunan Hukum Islam di Indonesia serta Pemasyarakatan KHI 293

4.2 Ijtihad Hakim Peradilan Agama 306
4.2.1 Pengertian dan Relevansi Ijtihad dalam Pengembangan Hukum Islam 306
4.2.2 Ijtihad Hakim Peradilan Agama 316
4.2.3 Pengembangan Hukum Materiil dan Yurisprudensi Peradilan Agama 331
4.2.4 Hukum Kasus dan Hukum dalam Fungsi Mengatur 344

4.3 Hukum Kewarisan dalam Islam 355
4.3.1 Prinsip-prinsip Hukum Kewarisan Islam dalam Ilmu Faraidh 355
4.3.2 Ahli Waris dan Bagian-bagiannya Menurut Kompilasi Hukum Islam 365
4.3.3 Perkembangan Pemikiran Hukum Kewarisan Islam 381
4.3.4 Perkembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) 394

BAB V IJTIHAD HAKIM PERADILAN AGAMA TENTANG PENGEMBANGAN HUKUM KEWARISAN DALAM KHI DAN KONTRIBUSINYA TERHADAP HUKUM NASIONAL 403

5.1 Transformasi Hukum Islam ke dalam Hukum Nasional 403
5.2 Wujud dan Pertimbangan Hukum dalam Putusan Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam 414
5.3 Metode Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam 447
5.4 Peran Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam untuk Mengantisipasi Perkembangan Kehidupan Keluarga Muslim di Indonesia 463
5.5 Kaidah Hukum yang dapat diambil dari Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam dan Kon-

tribusinya terhadap Hukum Nasional 470

BAB VI PENUTUP 483
6.1 Simpulan 482
6.2 Saran-saran 494

DAFTAR PUSTAKA 496
LAMPIRAN-LAMPIRAN 506

ABSTRAK

Kompilasi Hukum Islam (KHI) di Indonesia khususnya bidang hukum kewarisan sebagai hukum terapan di Pengadilan Agama yang telah selesai (*mutanahiyah*) diundangkannya melalui Inpres RI No. 1 Tahun 1991 bersifat normatif, deduktif dan tekstual. Di sisi lain kehidupan keluarga muslim Indonesia dalam bidang hukum tersebut dinamis, tidak pernah selesai (*ghairu mutanahiyah*) bersifat empiris, induktif, kontekstual dan kasuistis. Adapun yang pertama bersifat *solen* dan yang kedua bersifat *sein*, sehingga kesenjangan antara keduanya itu menimbulkan permasalahan antara *law in books* dengan kehidupan keluarga muslim Indonesia dalam bidang hukum yang selalu dinamis (*law in action*). Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh kehidupan dalam bidang hukum yang selalu dinamis tersebut serta nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan.Untuk menjawab kesenjangan di atas, maka penting untuk dilakukan penelitian untuk mendapatkan jawaban dalam memecahkan permasalahan kesenjangan tersebut dengan melakukan ijtihad dalam upaya mengembangkan teks undang-undang (*tahrij al-ahkam 'ala nashil qanun*) dengan beberapa metode ijtihad, di dalamnya termasuk memahami jiwa (*ruh*) dengan pendekatan *maqashid al-syari'ah* serta *tajdid al-fahmi* dengan mengaplikasikan pendekatan teologis- filosofis dan historis – sosiologis, sebagai refleksi bahwa hukum Islam (syari'ah) merupakan bagian dari *dinul Islam* tetap aktual, responsif, adaptif dan dinamis. Penelitian ini bertujuan mengetahui, memahami, dan mengkaji mengenai ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan kontribusinya terhadap hukum nasional, serta penelitian ini bersifat kualitatif dengan menggunakan pendekatan yuridis normatif, seluruh data diambil dari bahan-bahan kepustakaan yang berkaitan dengan obyek penelitian, baik dari al-Qur'an, as-Sunnah, pendapat dari ulama' dan ilmuwan Islam, Kompilasi Hukum Islam (KHI) serta putusan (yurisprudensi) hakim Peradilan Agama, Peradilan Tinggi Agama dan Mahkamah Agung RI. Data yang terkumpul dikaji dan dianalis dengan menggunakan kerangka teori. Secara umum yaitu (1) teori penemuan atau pengembangan hukum Islam, dan (2) teori pembinaan atau transformasi hukum Islam terhadap hukum nasional, dan (3) teori keadilan. Secara khusus, bahwa hukum kewarisan Islam yang dipandang *qath'i*, pada tingkatan aplikasi (*tanfidz*) bisa menjadi *dhanni*, dengan menggunakan beberapa teori seperti berikut. Teori ajaran dasar dan ajaran non dasar, teori *ta'wil*, teori *natural law* (*causality*), teori *nasakh*, teori modernisasi dan rasionaloisasi serta teori *ta'abbudi* dan *ta'aqquli* dan paradigma studi konstruktivisme, untuk selanjutnya dituangkan dalam pembahasan yang logis, sistematis dan komprehensif. Penelitian ini termasuk penelitian hukum yang doktrinal, dilakukan analisis induktif, prosesnya dimulai dari premis-premis yang berupa hukum positif yang diketahui dan berakhir pada penemuan asas-asas hukum dan selanjutnya doktrin-doktrin. Untuk menemukan hukum bagi suatu perkara *in concreto*, norma hukum *in abstracto* diperlukan untuk berfungsi sebagai premis mayor, sedangkan fakta-fakta yang relevan dalam

perkara (*legal facts*) dipakai sebagai premis minor. Melalui proses *sillogisme* diperoleh sebuah *conclusio* (kesimpulan) berupa hukum positif *in concreto* yang dicari. Adapun temuan dari hasil penelitian dan pembahasan dalam penelitian ini, dapat disimpulkan sebagai berikut: (1) Hukum Islam dapat ditransformasikan ke dalam hukum nasional dari putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama yang digali dari ajaran (hukum Islam) menjelma menjadi penemuan asas, kaidah hukum yang di dalamnya terdapat tata nilai religius menjadi hukum nasional serta dapat mentransformasikan, melahirkan atau mengadaptasi ajaran (doktrin) hukum menurut ajaran Islam menjadi ajaran (doktrin) dalam sistem hukum nasional sehingga tidak ada lagi dualisme antara hukum Islam dan hukum nasional karena tercermin secara utuh dalam putusan (yurisprudensi). (2)Wujud dan pertimbangan hukum dalam putusan ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) adalah (a) pewaris hanya meninggalkan satu anak perempuan (ahli waris), yang *menghijab* saudara kandung laki-laki pewaris, dan anak perempuan pewaris tersebut mendapatkan seluruh bagian harta warisan dari pewaris, dan (b) anak kandung (perempuan) yang beragama non muslim(Nasrani) status hukumnya bukan ahli waris, namun ia berhak mendapat bagian dari harta peninggalan pewaris berdasarkan *wasiat wajibah* yang bagiannya sama dengan bagian anak perempuan (yang lain) dari almarhum ayah dan ibunya. Putusan ini seolah-olah tidak sesuai secara tekstual dalam al-Qur'an, as-Sunnah dan Kompilasi Hukum Islam (KHI), akan tetapi putusan itu merupakan pelaksanakan isi (substansi) dari al-qur'an, as-Sunnah maupun Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam upaya menggali dan menerapkan keadilan. Adapun pertimbangan hukum dalam putusan ijtihad tersebut adalah selama masih ada anak laki-laki maupun perempuan maka hak waris dari orang-orang yang mempunyai hubungan darah dengan pewaris, kecuali orang tua, suami, istri menjadi tertutup (*terhijab*). Pendapat ini sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir di kalangan sahabat Nabi yang *mu'tabar* dalam menafsirkan kata *"walad"* pada ayat 176 Surat *an-Nisa'* yang berpendapat pengertiannya mencakup anak laki-laki maupun anak perempuan. Pertimbangan hukum bagi non muslim mendapat bagian dari pewaris muslim adalah untuk memenuhi rasa keadilan sebagai salah satu prinsip hukum kewarisan Islam dengan kontruksi hukum *wasiat wajibah*, dalam hal ini al-Qurtubi menafsirkan kata *"watuqsitu ilaihim"* (dan berlaku adil terhadap mereka) mengemukakan bahwa ayat tersebut sebagai pemberi belanja (*infaq*) terhadap orang non muslim yang wajib diberi nafkah oleh keluarga yang muslim kalau masih hidup. (3) Metode ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam KHI pada kasus posisi di atas adalah *maqashid al-syari'ah* dengan corak penalaran *ta'lili* dengan metode *istihsan* dan corak menalaran *istishlahi* dengan metode *mashlahat* serta mempertimbangkan dampak positif dan negatif dari suatu penerapan hukum (*al- nazar fi al-ma'alat*). (4) Peran ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam KHI, dengan menggunakan teori keadilan, yaitu untuk mengantisipasi perkembangan kehidupan muslim di Indonesia adalah menjadikan Pengadilan Agama merupakan institusi hukum yang dinamis, menginterpretasikan teks-teks undang-undang (hukum kewarisan dalam KHI) dalam konteks masyarakat serta perubahan-

perubahannya. Dengan demikian Pengadilan Agama merupakan institusi yang terbuka, yaitu sebagai institusi sosial yang tanggap dan mengakomodir perkembangan sosial dan hukumnya supaya putusannya bermanfaat pada masyarakat pencari keadilan. (5) Kaidah hukum yang dapat diambil dari ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam KHI adalah kata *"aulad"* mencakup anak laki-laki dan perempuan. Menurut pendapat ini, baik anak laki-laki maupun anak perempuan masing-masing *menghijab* saudara kandung pewaris untuk mendapatkan warisan. Adapun kontribusinya terhadap hukum nasional adalah selama masih ada anak laki-laki atau perempuan, hak waris dari orang yang mempunyai hubungan darah dengan pewaris, kecuali orang tua, suami dan atau istri menjadi tertutup (*mahjub*), dan perbedaan agama bukan merupakan salah satu penghalang seseorang untuk mendapatkan bagian harta peninggalan dari pewaris (muslim) untuk memenuhi rasa keadilan sebagai salah satu prinsip hukum kewarisan Islam dengan menggunakan konstruksi hukum *wasiyat wajibah.* Adapun kontribusinya terhadap hukum nasional adalah anak kandung (perempuan) beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan ahli waris, namun ia berhak mendapatkan bagian dari harta peninggalan kedua orang tuanya (pewaris muslim) berdasarkan *wasiat wajibah* yang tidak melebihi sepertiga, bagiannya sama dengan bagian anak (perempuan) ahli waris almarhum ayah dan ibunya. Semua temuan hasil penelitian tersebut di atas merupakan *tahrij al-ahkam 'ala nashil qanun* dalam upaya menggali dan menerapkan *maqashid al-syari'ah* melalui ijtihad hakim Peradilan Agama di Indonesia.

Kata Kunci: Transformasi, Ijtihad, Hukum Kewarisan, Hukum Nasional.

Abstract

Islamic Law Compilation (KHI) in Indonesia, particularly the field of inheritance law as the law applied in the religious court that has been completed enacted through a Presidential Decree no. 1 Year 1991, which is normative, deductive, and textual. On the other side of the Indonesian Muslim family life in the legal field is dynamic, never finished (*ghairu mutanahiyah*), is empirical, inductive, contextual and casuistry. The first is the *solen* and the second is *sein,* so the gap between them can cause problems between law in books with the law in action (Indonesian Muslim families living in areas of law that is always dynamic.) The judge as law and justice enforcement must consider seriously the life in the legal field that is always dynamic, and observe the values of laws that live in the community, so that its decision in accordance with the sense of justice. To answer the above inequality, it is important to do research to get answers in solving gap problem, by doing *ijtihad,* in an effort to develop the text of the law (*al-ahkam tahrij 'ala Qanun nashil*), with several methods of *ijtihad,* which includes realizing the soul (spirit), with *al-asyri'ah maqashid* approach, as well as *al-fahmi tajdid,* by applying the approach to the theological-philosophical and historical-sociology, as a reflection that the Islamic law (*shari'ah)* is part of the permanent Islamic religion which is actual, responsive , adaptive and dynamic. This study aims to know, understand, and review the judge's *ijtihad* of Religion Court, on the development of inheritance law in Islamic Law Compilation (KHI), and its contribution to national law, and this research is qualitative one, using a normative juridical approach, all data is taken from library materials relating to the object of research, both from the *Qur'an* and *as-Sunnah,* and the opinion of Muslim religious teacher, Islamic scientist, Islamic Law Compilation (KHI), and decisions (jurisprudence) of Religious Court judges, Religion Court of justice, and the Supreme High Court of the Republic of Indonesia. The Collected Data was reviewed and analyzed using the theoretical framework. In general, namely (1) theory of discovery or development of Islamic law, and (2) theory of founding or transformation of Islamic law on national law, and (3) theory of justice. In particular, that the Islamic inheritance laws which are considered as *qath'i,* in application-level (*tanfidz*) can be *dhanni,* using some theory as follows : Basic teaching and non-basic teaching theories, *ta'wil* theory, the theory of natural law (causality), *nasakh* theory, modernization theory, and rationalization theory, and *ta'aqquli ta'abbudi* theories, and the paradigm of constructivism study, then poured into the logical, systematic, and comprehensive discussion. This research included doctrines legal research, undertaken inductive analysis, the process begins from the premises in the form of positive law, which is known and ends in the discovery of legal principles, and then doctrines. To find the law for a case *in concreto,* legal norms *in abstacto* needed to function as a major premise, while the facts that are relevant to the case (*legal facts*) were used as the minor premise. Through the process of *sillogisme* obtained a *conclusio* (conclusion) in the form of positive law *in conreto* to be searched. The findings from the research and discussion in this research, can be summed up as follows: (1) Islamic law can be transformed into national law from Religious Courts decisions (jurisprudence),

which was excavated from teachings of Islamic law, who becomes the discovery of principle, the rule of law in which there is religious values into national law, and can transform, create or adapt teaching (doctrine) of the law according to Islamic teachings into teaching (doctrine) in the national legal system, so no more dualism between Islamic law and **national** law, as reflected intact in the decision (jurisprudence). (2) The form and legal considerations in the decision of the judge *ijtihad* of Religious Courts on the development of inheritance law in Islamic Law Compilation (KHI), are: (a) the heir only left one daughter (heirs), who impede male sibling of heir, and the daughter of heir are getting all parts of inheritance from the heir, and (b) biological children (daughters) who are non-Muslims (Christian), they are not heirs of their legal status, but they are entitled to a share of inheritance from the heir based on *wajibah* testament, which share the same as the daughter (the other daughter) from the deceased's father and mother. This decision seems not to fit textually in the Qur'an, as-*Sunnah*, and Islamic Law Compilation (KHI), but the verdict is in respect of the content (substance) of the *Qur'an*, as-*Sunnah* and Compilation Islamic Law (KHI), in an effort to explore and to do justice. As for legal considerations in the decision of *ijtihad* as long as there are sons and daughters, then the inheritance rights of the people who have a blood relationship to the heir, except the parents, husbands, wives to be closed (covered). This opinion is in line with the opinion of Ibn Abbas, one of the commentators of the Companions of the Prophet who was *mu'tabar* in interpreting the word *'Walad'* in paragraph 176 *Surah a-Nisa'*, who argued that his understanding is included sons and daughters. Legal considerations for non-Muslims get a share from the Muslim heir is to fulfill a sense of justice, as one of the principles of Islamic inheritance law with the legal construction was borrowed (*wasiat wajibah*), in this case al-Qurtubi interprets the word *'watuqsiu ilaihim'* (and be fair to them), he explained, that verse as a life expense (*infaq*) against non-Muslims, who must be given basic necessary of life by a Muslim family that was alive. (3) The method of *ijtihad* by Religious Court judges on the development of Islamic inheritance law in KHI in the position above is *maqashid al-shari'ah* with reasoning style of *ta'lili* using *istihsan* method and mode of reasoning *istishlahi mashlahat* method, and consider the positive and negative impacts of an application of the law (*al-nazar fi al-ma'alat*). (4) The role of judge *ijtihad* the Religious Court for the development of inheritance law in KHI, using the theory of justice, is anticipating the development of Muslim life in Indonesia is to make the religious court as a dynamic legal institution, to interpret the texts of laws (inheritance law in KHI) in the context of society and the amendments thereto. Thus the religious court is an institution that is open, ie as a social institution that is responsive and accommodate the social and legal developments, so that decisions are beneficial to society seeking justice. (5) The principles of law that can be taken from the *ijtihad* of Religious judge on the development of inheritance law in KHI is the word "*aulad*", includes sons and daughters. According to this opinion, both sons and daughters, respectively impede heir biological brother, to get the inheritance. As for its contribution to national law as long as there is a son or a daughter, the inheritance rights of persons who have blood relationship to the deceased, except for parents, husband and or wife to be

closed (*Mahjub*), and religious differences is not one person's barriers to obtain the inheritance of the deceased (Muslims) to fulfill sense of justice as a principle of Islamic inheritance law by using legal construction was borrowed (*wasiyat wajibah*). As for its contribution to national law is his own child (female) non-Islamic religious (Christian) its legal status is not heirs, but he is entitled to a part of the heritage of his parents (heir of the Muslims) on the basis of which was borrowed (*wasiat wajibah*), it does not exceed one-third, equal parts with the daughter (female), heirs of the deceased's father and mother. All findings of the research mentioned above is the *tahrij al-ahkam 'ala nashil Qanun* in an effort to explore and implement *maqashid al-shari'ah* through judge *ijtihad* of Religious Courts in Indonesia.

KeyWords: Transformation, *Ijtihad*, Inheritance Law, National Law.

BAB I

PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang Masalah

Hukum Islam adalah salah satu aspek ajaran Islam yang menempati posisi penting dalam pandangan umat Islam, karena ia merupakan manifestasi paling konkrit dari Islam sebagai sebuah agama. Mustahil memahami Islam tanpa memahami hukum Islam.[1] Di dalam diri Islam selain terdapat dimensi hukum (syari'ah) terdapat pula dimensi akidah dan akhlak yang ketiganya tidak dapat dipisahkkan satu sama lainnya.

Syari'ah merupakan ruang ekspresi pengalaman agama yang paling penting bagi kaum muslimin dan merupakan obyek refleksi utama mengenai al-Qur'an dan teladan ideal Nabi Muhammad saw (as-Sunnah). Syari'ah merepresentasikan sistem nilai keagamaan yang menjadi kerangka rujukan bagi tingkah laku dan perbuatan setiap orang muslim. Terdapat empat langkah dalam pelaksanaan syari'ah, yaitu (1) langkah *hermeneutis*, (2) langkah sosialisasi, (3) langkah politik, dan (4) langkah penegakan.[2]

Mengingat negara Indonesia sekarang ini sedang melaksanakan agenda reformasi hukum nasional, dan hukum Islam merupakan bagian atau sub sistem hukum nasional, maka hukum Islam perlu dijadikan obyek penelaahan, sehingga agenda pembaruan atau reformasi hukum nasional juga mencakup pengertian

---

[1] Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, (London: The Clarendon Press, 1971), hal. 1.

[2] Syamsul Anwar, *Studi Hukum Islam Kontemporer*, Cet. 1, (Yogyakarta: Cakrawala Prees, 2006), hal. 4 – 10.

pembaruan terhadap hukum Islam itu sendiri, dengan memperhitungkan faktor sistem hukum Islam yang dapat ditransformasikan ke dalam hukum nasional menuju masa depan yang diharapkan akan menjadikan hukum Islam sebagai suatu kesatuan sistem yang '*supreme*' dalam wadah Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI). Dengan demikian, hukum Islam sebagai hukum yang hidup dan berkembang di masyarakat memiliki ciri khas tersendiri, di antaranya adalah hukum Islam bercorak responsif, adaptif dan dinamis.[3]

Reformasi hukum merupakan salah satu amanat penting dalam rangka pelaksanaan agenda reformasi nasional. Agenda di dalamnya mencakup penataan kembali berbagai institusi hukum dan politik mulai dari tingkat pusat sampai ke pemerintahan desa, pembaruan berbagai perangkat peraturan perundang-undangan mulai dari UUD sampai ke tingkat Peraturan Desa, dan pembaruan dalam sikap, cara pikir dan berbagai aspek perilaku masyarakat hukum kita ke arah kondisi yang sesuai dengan tuntutan perkembangan zaman. Dengan perkataan lain, dalam agenda reformasi materi hukum itu tercakup keseluruhan sistem dalam komponen yang mencakup pengertian reformasi kelembagaan (*institutional reform*), reformasi perundang-undangan (*instrumental reform*), dan reformasi budaya hukum (*cultural reform*).[4]

Berkaitan dengan reformasi materi hukum atau perundang-undangan (*instrumental reform*) ini dapat dilihat dalam semangat kebijakan penataan hukum nasional yang dirumus bahwa arah kebijakan mengenai hukum adalah

---

[3] Amir Mu'allim dan Yusdani, *Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam*, Cet. 2, (Yogyakarta: UII Press, 2001), hal. xii.

[4] Jimly Asshiddiqie, "Hukum Islam di Antara Agenda Hukum Nasional," *Mimbar Hukum No. 51 Thn. XII 2001*, hal. 7-8.

menata sistem hukum nasional yang menyeluruh dan terpadu dengan mengakui dan menghormati hukum agama dan hukum adat serta memperbaharui perundang-undangan warisan kolonial dan hukum nasional yang diskriminatif, termasuk ketidak adilan gender dan ketidak sesuaiannya dengan tuntutan reformasi melalui program legislasi.[5] Berkaitan dengan itu, hukum Islam sebagai sumber hukum positif dalam reformasi hukum nasional, dapat dikatakan bahwa pembangunan hukum nasional secara garis besar bersumber pada (a) hukum Adat, (b) hukum Agama (dalam hal ini hukum Islam), dan (c) hukum dari luar, khususnya dari dunia Barat.[6]

Lahirnya reformasi total di Indonesia menjadi kesempatan dan sekaligus tantangan bagi kajian hukum Islam. Kalau semula kajian hukum Islam seolah melangit atau ngawang-ngawang, oleh karena menghafal hasil pemikiran ulama yang telah sekian abad lalu, kini kajian hukum Islam harus mampu bersifat empiris dan realistis. Hukum Islam harus mampu berperan dan berdaya guna untuk keperluan kehidupan umat Islam dan bangsa Indonesia pada umumnya. Usaha positivisasi hukum Islam merupakan suatu keharusan baik dalam konteks kajian akademik yang selalu mengikuti eklektisisme maupun proses demokratisasi yang berdasarkan mayoritas penduduk dan pada akhirnya menjadi tantangan bahwa Islam harus menunjukkan janji besarnya yaitu *rahmatan lil 'alamin* dan *li-tahqiq mashalih al-nas* (untuk memastikan terwujudnya kemaslahatan manusia).[7]

---

[5] ***GBHN Ttahun 1999 (Bab IV. A. 2).***

[6] A. Qodri Azizy, "Hukum Islam sebagai Sumber Hukum Positif dalam Reformasi Hukum Nasional," dalam *Mimbar Hukum No. 54 Thn.. XII, 2001*, hal. 74.

[7] *Ibid.*, hal. 87.

Walaupun dalam praktik hukum Islam belum dapat berperan secara menyeluruh dan penuh, namun ia tetap memiliki arti yang besar bagi pemeluknya dengan dasar antara lain, ia turut menciptakan tata nilai yang mengatur kehidupan mereka, minimal dengan menetapkan apa yang dianggap baik dan buruk, apa yang menjadi perintah, anjuran, perkenan dan larangan agama. Keseluruhan pandangan hidup umat Islam ditentukan oleh tanggapan masing-masing atas tata nilai tersebut, yang pada gilirannya berpengaruh atas pilihan segi-segi kehidupan yang dianggap penting dan atas cara mereka memperlakukan masa depan kehidupan mereka sendiri.[8] Dalam perkembangan saat ini, sejak berlakunya Undang-undang No. 22 Tahun 1999 tentang Otonomi Daerah, penerapan syari'at Islam pada suatu wilayah tertentu di negara Republik Indonesia seperti di Propinsi NAD misalnya, sudah tidak dapat dihindarkan. Daerah lain yang menghendaki juga mulai bermunculan, seperti Propinsi Banten, Pamekasan dan Sumenep di Madura. Beberapa kelompok Islam mengambil jalan lain, yakni berkolaborasi dengan lembaga legislatif dan eksekutif di daerah untuk menerbitkan Peraturan Daerah yang bernuansa syari'at Islam.[9]

Hukum Islam dapat ditransformasikan ke dalam hukum nasional, maka pembaharuan hukum Islam mutlak dilakukan dengan cara mengembangkan prinsip-prinsip hukum Islam. Tanpa adanya interaksi antara prinsip-prinsip hukum Islam dengan perkembangan masyarakat, maka cita-cita ingin mewujudkan

---

[8] Abdurrahman Wahid, *Muslim di Tengah Pergumulan,* (Jakarta : LEPPENAS, 1981), hal. 66.

[9] Afkaruna, "Perda Syari'at dalam Bingkai Negara Bangsa," dalam *Tashwirul Afkar, Edisi No. 20 Tahun 2006*, hal. 45.

hukum Islam menjadi hukum nasional tidak mungkin tercapai.[10] Legislasi hukum Islam merupakan manifestasi modernisme Islam yang terpenting. Dengan integrasi hukum Islam dengan hukum nasional, maka berbagai persoalan intern epistimologi hukum Islam akan terpecahkan dengan sendirinya.[11]

Mentransformasikan prinsip-prinsip hukum Islam ke dalam hukum nasional sangat-sangat dimungkinkan. Hal ini dapat dilihat ada beberapa kekuatan dan peluang dalam hukum Islam,[12] antara lain dalam hal kekuatan (a) Karakter hukum Islam yang universal dan fleksibel serta memiliki dinamika yang sangat tinggi karena ia memiliki dua dimensi, yaitu *tsabat* (konsistensi) dan *tathawwur* (transformasi) yang memungkinkan Islam selalu relevan dengan perubahan sosial dan temporal yang selalu terjadi, (b) Sebagai hukum yang bersumber kepada agama, hukum Islam memiliki daya ikat yang sangat kuat, tidak terbatas sebagai aturan yang berdimensi profan humanistik, akan tetapi juga berdimensi transendental, (c) Hukum Islam didukung oleh mayoritas penduduk Indonesia, karena mayoritas penduduk Indonesia beragama Islam, (d) Secara historis dan sosiologis hukum Islam telah mengakar dalam praktek kehidupan hukum masyarakat. Adapun peluang hukum Islam ditransformasikan ke dalam hukum nasional, antara lain (a) Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum di Indonesia dan UUD 1945 sebagai konstitusi negara memberi kedudukan penting bagi agama. Hal ini membuka peluang bagi dikembangkannya hukum yang

---

[10] Cipto Sembodo, "Reintroduksi Hukum Islam dalam Wacana Kebangsaan," dalam *Mimbar Hukum No. 53 Thn. XII 2001*, hal. 11-12.

[11] Abdurrahman Wahid, "Menjadikan Hukum Islam sebagai Penunjang Pembangunan,", dalam Eddi Rudiana Arief et. el. (Peny), *Hukum Islam di Indonesia Pemikiran dan Praktek*, (Bandung: Rosdakarya, 1991), hal. 1-17.

[12] Maksun, " Konstitusionalisasi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional," *Mimbar Hukum No. 51 Thn. XII 2001*, hal. 33-34.

bersumber bari agama (hukum Islam), (b) Pengembangan hukum diarahkan untuk tumbuhnya kesadaran hukum masyarakat dan kesadaran hukum masyarakat yang mayoritas beragama Islam tidak bisa dilepaskan dari hukum Islam. Ini berarti hukum nasional yang dikehendaki negara RI adalah hukum yang menampung dan memasukkan hukum agama dan tidak memuat norma yang bertentangan dengan hukum agama, (c) Adanya *political will* dari pemerintah untuk dikembangkannya hukum Islam dalam sistem hukum nasional meskipun masih terbatas, (d) Masyarakat muslim Indonesia memiliki keinginan kuat untuk berhukum dengan hukum agama (hukum Islam) sesuai tuntutan akidahnya.

Walaupun begitu campur tangan negara terlalu jauh dalam pembentukan hukum agama tidak selamanya menguntungkan. Pengalaman birokratisasi hukum agama memang mengharapkan keteraturan, akan tetapi apabila jaringan negara semakin kuat, sehingga kebebasan individu semakin terbatas.[13] Dengan demikian pelaksanaan syari'ah ada yang dilakukan individu tanpa bantuan negara atau masyarakat, ada pula yang pelaksanaannya memerlukan bantuan masyarakat walaupun tidak perlu kekuasaan negara, ada pula yang tidak mungkin dilaksanakan tanpa campur tangan Negara.[14]

Kaitan dengan itu perlu dibedakan dalam pengakajian dan penelitian antara hukum Islam yang bersifat *qadhai* (yuridis) dengan *diyani* (etis). Disebut *qadhai*, karena hukum Islam yang berhubungan dengan permasalahan yuridis yang telah menyentuh kepentingan sosial masyarakat, dan disebut *diyani* karena hukum Islam yang bersifat etis dan secara pribadi menuntut ketundukan dan

---

[13] Cipto Sembodo, "Reintroduksi Hukum Islam dalam Wacana Kebangsaan," *op. cit.*, hal. 11.

[14] Syamsul Anwar, Studi Hukum Islam Kontemporer, *op. cit.*, hal. 7.

kepatuhan. Hukum yang bersifat *diyani* dapat ditangani secara profesional oleh *mufti* melalui fatwa, sedangkan yang bersifat *qadhai* dilaksanakan oleh hakim melalui peradilan. Dalam konteks Indonesia, maka hal itu memerlukan penelitian hukum Islam yang bersifat *qadhai* (yuridis) terhadap praktek-praktek hukum Islam yang pernah berlaku di kerajaan-kerajaan Islam nusantara untuk merekonstruksi tradisi serta pemikiran hukum Islam yang pernah eksis di kawasan nusantara masa-masa lalu.

Hukum Islam *diyani* (etis), tentu tidak perlu dilembagakan dalam peraturan resmi kenegaraan karena menyangkut kepentingan individu-individu masyarakat. Sebaliknya hukum Islam *qadhai* (yuridis) perlu mendapatkan pengakuan dan pengaturan resmi negara, ketika telah menyangkut aktivitas dan dinamika sosial. Hal ini penting, karena urgensi pengakuan dan pengaturan hukum tersebut sesungguhnya dalam rangka menjamin toleransi dan ketertiban hukum dalam masyarakat itu sendiri.[15]

Kajian pokok di atas menyangkut upaya pembangunan atau pengembangan bidang materi hukum Islam di Indonesia. Sebagai konsekuensi negara yang berdasarkan jati dirinya berdasarkan hukum, maka hukum itu berlaku kalau didukung oleh tiga tiang utama, yaitu (1) lembaga atau penegak hukum yang dapat diandalkan, (2) peraturan hukum yang jelas, dan (3) kesadaran hukum masyarakat.[16] Ketiga tiang utama itu merupakan satu sistem yang saling kait mengkait dan tidak dapat dipisahkan antara bagian satu dengan bagian lainnya.

---

[15] Cipto Sembodo, Reintroduksi Hukum Islam dalam Wacana Kebangsaan, ***op. cit.***, hal. 11.

[16] Mohammad Daud Ali, "Hukum Islam: Peradilan Agama dan Masalahnya," di dalam Juhaya S. Praja (ed), *Hukum Islam di Indonesia: Pemikiran dan Praktek*, Cet. 1, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1991), hal. 87.

Bertitik tolak dari kebijakan pembangunan nasional bidang hukum yang menyangkut materi hukum, aparatur hukum, serta sarana dan prasarana hukum, serta terwujudnya sistem hukum nasional yang bersumber pada Pancasila dan UUD 1945 melalui penataan hukum nasional dengan memantapkan kerangka hukum nasional, menginventarisasian dan penyesuaian unsur-unsur tatanan hukum dalam rangka pembaharuan hukum. Pembinaan aparatur hukum, sarana dan prasarana hukum, disiplin nasional serta lebih menghormati dan dijunjung tingginya hak asasi manusia demi terwujudnya budaya hukum dalam rangka pembangunan dan pembaharuan hukum nasional menjadi penting. Materi hukum, aparatur dan penegak hukum, pembangunan sarana dan prasarana hukum, budaya hukum dan hak asasi manusia. Kesemuanya antara tiga tiang utama pendukung berlakunya negara hukum sebagai kebijakan pembangunan nasional bidang hukum sangat relevan dan urgen.[17]

Pembangunan bidang materi hukum termasuk materi hukum Islam di arahkan pada terwujudnya sistem hukum nasional yang mengabdi kepada kepentingan nasional dengan menyusun materi hukum secara menyeluruh khususnya penyusunan produk hukum baru atau pembentukan hukum, pengembangan hukum, penyusunan kerangka hukum nasional serta penginventarisasian dan penyusun unsur-unsur tatanan hukum yang berlaku

[17] Kebijakan Pembangunan Hukum Nasional dalam Garis-garis Besar Haluan Negara (TAP No. II/MPR/1993) yang menyangkut materi hukum, aparatur hukum, serta sarana dan prasarana hukum. Demikian juga dinyatakan dalam GBHN 1989 yang disusun dan ditetapkan oleh MPR dalam sidang umum bulan Maret 1998 dalam bidang hukum dibawah sub judul sasaran yang menyangkut materi hukum, aparatur dan penegak hukum, pembangunan sarana dan prasarana hukum, budaya hukum dan hak asasi manusia.

dengan sistem hukum nasional yang bersumber pada Pancasila dan Undang-undang Dasar 1945.

Penyusunan kerangka sistem hukum nasional, penginventarisasian dalam penyesuaian unsur-unsur tatanan hukum dalam rangka pembaharuan hukum dengan tetap memperhatikan kemajemukan, tatanan hukum yang berlaku di Indonesia, yaitu hukum Adat, hukum Islam dan hukum Barat. Ketiga sistem hukum tersebut berfungsi juga sebagai bahan baku materi pembangunan hukum nasional.[18]

Pembangunan hukum merupakan bagian dari pembangunan nasional. Namun, perlu dicatat bahwa menurut amanat pembukaan Undang-undang Dasar 1945 " Hukum" bukan sekedar alat, tetapi juga pembangunan nasional itu sendiripun harus berada dalam kerangka hukum.[19] Menurut Ismail Saleh, ada tiga dimensi pembangunan hukum nasional. Pertama adalah dimensi pemeliharaan, kedua dimensi pembaharuan, dan ketiga adalah dimensi penciptaan yang berarti dimensi dinamika dan kreativitas.[20]

Dalam dimensi pemeliharaan, yaitu dimensi untuk memelihara tatanan hukum yang ada walaupun sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan keadaan. Dimensi ini bertujuan mencegah timbulnya kekosongan hukum dan sesungguhnya merupakan konsekuensi logis Pasal II aturan peralihan Undang-undang Dasar 1945. Dalam dimensi pembaharuan, yaitu suatu dimensi yang merupakan usaha

---

[18] Mohammad Daud Ali, " Pengembangan Hukum Islam dan Yurisprudensi Peradilan Agama," *Mimbar Hukum No. 12 Thn V 1994*, hal. 17.

[19] Barda Nawawi Arief, "Penggalian Hukum dalam Rangka Tujuan Pembangunan Nasional," Seminar Nasional Hukum Islam dan Perubahan Sosial, Semarang, 16 – 18 Oktober 1990, hal. 1.

[20] Ismail Saleh, "Wawasan Pembangunan Hukum Nasional," Makalah dalam Dialog tentang Pembangunan Hukum Nasional, Memperingati 8 Windu Pondok Modern Gontor Indonesia, 17 Juni 1991, hal. 2 – 4.

untuk lebih meningkatkan dan menyempurnakan pembangunan hukum nasional dengan cara melengkapi apa yang belum ada dan meyempurnakan atau menyesuaikan apa yang sudah ada. Dalam dimensi penciptaan yang berarti dimensi dinamika dan kreativitas. Dalam dimensi ini diciptakan suatu perangkat peraturran perundang-undangan baru, yang sebelumnya memang belum pernah ada.

Bertolak dari tiga dimensi pembangunan hukum nasional di atas dapatlah dikatakan bahwa "penggalian hukum" dan "pengembangan hukum" merupakan bagian dari dimensi kedua dan ketiga. Penggalian dan pengembangan hukum merupakan satu kebutuhan dan sekaligus merupakan konsekuensi logis untuk dapat melakukan pembaharuan dan penciptaan hukum baru dalam rangka mewujudkan hukum nasional. Sistem hukum yang berlaku di tanah air kita ini tidak hanya satu tetapi tiga, berturut-turut menurut keberadaannya di nusantara kita ini, yaitu hukum Adat, hukum Islam dan hukum Barat baik yang datang dari Eropah Kontinental maupun dari Anglo Saxson.[21] Dalam pembentukan (dan pengembangan) hukum termasuk hukum Islam itu perlu diindahkan ketentuan yang memenuhi nilai filosofis yang berintikan rasa keadilan dan kebenaran, nilai sosiologis yang sesuai dengan tata nilai yang berlaku dalam masyarakat (baik budaya maupun agama) dan nilai yuridis yang sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.[22]

---

[21] Mohammad Daud Ali, "Permasalahan dalam Penelitian Hukum (Suatu Penjelajahan Permulaan)," Makalah Disampaikan pada Latihan Penelitian Agama Angkatan X, Nopember 1985, hal. 1.

[22] Mohammad Daud Ali, " Pengembangan Hukum Materiil Peradilan Agama," *Mimbar Hukum No. 17 Thn. V 1994*, hal. 39.

Keinginan dan pernyataan-pernyataan perlunya digali dan dikembangkan norma hukum yang bersumber dari norma-norma hukum agama dan hukum tradisional menunjukkan kesadaran perlunya digali dan dikembangkan hukum yang bersumber dan berakar pada nilai-nilai budaya, moral dan keagamaan.[23] Pada hakikatnya pembangunan dan pembinaan hukum nasional adalah pembinaan asas-asas hukum, prinsip hukum, dan kaidah-kaidah hukum yang mampu menjadi sarana dan menjamin keadilan, kebenaran dan ketertiban, dan kepastian hukum sehingga terwujud suatu masyarakat Indonesia yang bebas, sama, damai, dan sejahtera. Dari sudut ini, pembinaan hukum nasional mengandung makna pembaharuan atau pembentukan asas-asas hukum, prinsip-prinsip hukum, dan kaidah-kaidah hukum "baru".[24]

Ada dua cara yang lazim ditempuh dalam pembinaan hukum nasional baik melalui pembaharuan atau pembentukan asas-asas, prinsip ataupun kaidah hukum "baru", yaitu melalui pembentukan peraturan perundang-undangan dan melalui putusan-putusan hakim atau yurisprudensi. Pada saat ini dalam sistem apapun, putusan hakim (yurisprudensi) menduduki tempat yang sangat penting. Pada putusan hakim (yurisprudensi) orang dapat menemukan wujud kaidah yang kongkret.[25]

Pengembangan hukum Islam (*tahrij al-ahkam 'ala nash al-qanun*) dalam putusan (yurisprudensi) melalui ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam dapat sebagai

---

[23] Barda Nawawi Arief, *op. cit.*, hal. 7.

[24] Bagir Manan, " Peranan Peradilan Agama dalam Pembinaan Hukum Nasional," di dalam Juhaya S. Praja, *Hukum Islam di Indonesia: Pemikiran dan Praktek*, Cet. 1, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1991), hal. 150.

[25] *Ibid.*, hal. 151.

sumber hukum dan ini relevan dalam hal bidang pembangunan materi hukum, yang dinyatakan bahwa materi hukum, meliputi aturan baik tertulis maupun tidak tertulis yang berlaku dalam penyelenggaraan segenap dimensi kehidupan masyarakat, berbangsa dan bernegara, bersifat mengikat bagi semua penduduk.

Materi hukum yang berupa aturan hukum tertulis dalam bentuk kodifikasi akan mudah diketahui dan lebih menjamin kepastian hukum, tetapi belum tentu menjamin suatu keadilan dan kebenaran, sebab menciptakan hukum melalui kodifikasi undang-undang, dimaksudkan untuk mempertahankan dan memantapkan suatu suasana dan tatanan tertentu sesuai dengan gerak ruang, waktu dan tempat. Setelah keadaan dan tatanan itu dipertahankan dan dimantapkan oleh peraturan perundang-undangan yang bersangkutan, eksistensi dan subtansinya langsung membeku dan konservatif.[26]

Pembaharuan dan pembentukan hukum tidak saja dilakukan melalui kodifikasi dan unifikasi bidang-bidang hukum tertentu, tetapi dapat dilakukan melalui hukum tidak tertulis, baik dalam pembinaan hukum kebiasaan maupun pembinaan melalui putusan hakim yang mempunyai kekuatan hukum yang tetap atau yurisprudensi (dalam hal ini sangat-sangat dimungkinkan ijtihad hakim Peradilan Agama dalam pengembangan *teks* undang-undang seperti hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam).

Pembinaan yurisprudensi melalui putusan atau melalui ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam menjadi penting, terutama di dalam permasalahan hukum kewarisan

---

[26] Yahya Harahap, "Pengembangan Yurisprudensi Tetap, " *Mimbar Hukum Thn. V 1994*, hal. 72.

Islam yang belum tertuang dalam pengaturan perundang-undangan tertulis seperti dalam Kompilasi Hukum Islam mengenai suatu permasalahan hukum yang terjadi, atau kemungkinan lain dalam hal ditemui perumusan peraturan perundang-undangan yang kurang jelas sehinggga dapat menimbulkan penafsiran yang berbeda-beda. Atau, disebabkan hal-hal lain, seperti nilai-nilai kesadaran terus berubah dan bergulir serta menggeser dan menggusur nilai lama. Perubahan dan pergeseran kesadaran masyarakat (*social change*), tidak pernah berhenti, terus berlanjut, dan berlangsung dari waktu ke waktu tanpa mengenal perhentian. Akibatnya hukum yang dikodifikasi dalam bentuk undang-undang membeku dimakan waktu dan masa.[27]

Sehubungan dengan itu, pembaharuan dan pembentukan hukum kewarisan Islam selain dilakukan oleh pembentuk peraturan perundang-undangan (seperti hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam) dapat juga dilakukan oleh hakim melalui ijtihad hakim Peradilan Agama. Ijtihad itu berupa pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam untuk memecahkan dan memutus suatu perkara hukum kewarisan Islam yang tidak diatur dalam Kompilasi Hukum Islam yang diajukan kepadanya dan hal ini sebagai wujud pengembangan *teks* perundang-undangan (*tahrij al-ahkam 'ala nash al-qanun*). Tombak terpenting untuk mempertahankan atau menegakkan hukum (Islam yang bersifat *qadha'i*) adalah kekuasaan kehakiman atau kekuasaan peradilan. Oleh karena itu, tidaklah berlebihan kalau dikatakan bahwa pengadilan sebagai lembaga kekuasaan kehakiman merupakan simbul kekuasaan negara.

---

[27] *Ibid.*, hal. 72.

Melalui pengadilan, kekuasaan negara di bidang hukum (Islam) menjelma secara kongkret.[28]

Pengembangan *teks* undang-undang (*tahrij al-ahkam 'ala nash al-qanun*) melalui ijtihad hakim Peradilan Agama tentang hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam dari putusan (yurisprudensi) sebagai sumber hukum tampaknya sangat dibutuhkan berhubung banyaknya persoalan yang belum diatur oleh hukum tertulis dan / atau telah diatur dalam hukum tertulis, tetapi masih kurang jelas artinya sehingga menimbulkan penafsiran yang berbeda-beda. Dengan sendirinya peningkatan putusan (yurisprudensi) sebagai sumber hukum merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari upaya pembinaan peradilan itu sendiri.[29] Di samping itu, memang yang dihadapi semua pengadilan di Republik Indonesia tidak terkecuali Peradilan Agama, yaitu hukum yang berlaku di pengadilan adalah "Hukum Kasus". Hakim melihat fakta dan peristiwa yang melatarbelakangi sengketa/perkara yang harus dibuktikan di pengadilan berupa suatu yang telah terjadi, lalu hakim setelah memperhatikan segala keterkaitan hubungannya mencarikan hukum yang paling tepat untuk kasus tersebut.

Hukum "kasus" dibedakan dengan hukum dalam "fungsi mengatur", karena hukum dalam fungsi mengatur bersifat netral, lepas dari konteks dan fakta dan peristiwa. Hukum kasus diistilahkan *Ahkam nafs al-waqi'* atau *ahkam da'wa*

---

[28] Bagir Manan, *op. cit.*, hal. 134.

[29] Moh. Hasan Wargakusumah, "Peningkatan Yurisprudensi sebagai Sumber Hukum," Makalah dalam Seminar Pengkajian Peranan Hukum Kebiasaan sebagai Sumber Hukum dalam BPHN, Tahun 1991, hal. 3.

alwaqi', sedangkan hukum dalam fungsi mengatur diistilahkan dengan *ahkam hifz al-huquq*.[30]

Pengembangan hukum kewarisan Islam positif dalam arti tertulis di Indonesia yang terkodifikasi dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dapat dikembangkan melalui ijtihad hakim Peradilan Agama. Ini bisa berupa yurisprudensi, yaitu keputusan-keputusan hakim mengenai suatu masalah tertentu. Dalam yurisprudensi terdapat garis-garis hukum, dalam kepustakaan hukum Indonesia disebut dengan hukum *yurisprudensi*, mungkin diberi nama hukum keputusan (hakim) dan sering dikatakan hukum hakim yakni hukum yang dibuat oleh hakim. Dalam putusan (yurisprudensi) mengenai perkara tertentu berdasarkan pertimbangan (kebijaksanaan) hakim sendiri yakni diikuti sebagai pedoman oleh hakim lain dalam memutus perkara yang sama atau hampir sama.

Adapun sebab-sebab hakim di suatu pengadilan mempergunakan putusan hakim lain dalam menyelesaikan suatu putusannya adalah sebagai berikut,[31] pertama, Karena putusan hakim yang sudah mempunyai kekuatan hukum yang tetap itu mempunyai kekuatan (mengikat) kalau putusan itu dikeluarkan oleh Pengadilan Tinggi atau Mahkamah Agung. Pengadilan yang lebih tinggi mengadakan pengawasan terhadap hakim-hakim pengadilan di bawahnya. Oleh karena itu, secara psikologis hakim pada pengadilan yang lebih rendah akan mengikuti putusan hakim pengadilan yang lebih tinggi kedudukannya. Kedua, selain faktor psikologis, ada juga faktor praktis yang

---

[30] Roihan A. Rasyid, " Hukum Kasus dan Hukum dalam Fungsi Mengatur," *Mimbar Hukum No. 19 Thn. V 1995*, hal. 15.

[31] Mohammad Daud Ali, " Pengembangan Hukum Islam dan Yurisprudensi Peradilan Agama ," *op. cit.*, hal. 19.

menyebabkan hakim yang lebih rendah mengikuti putusan hakim yang lebih tinggi kalau dipandang sesuai dan adil. Kalau seorang pencari keadilan naik banding atau mengajukan kasasi mengenai suatu perkara yang sama atau hampir sama dengan perkara yang telah diputuskan oleh hakim tinggi pada Pengadilan Tinggi atau hakim agung pada Mahkamah Agung dan menunjukkan bahwa untuk perkara itu dari Pengadilan Tinggi atau Mahkamah Agung, sedang putusan hakim lain itu berlainan dengan *yurisprudensi* dimaksud, biasanya untuk perkara yang sama itu hakim pada pengadilan yang kedudukannya lebih tinggi akan "memperbaiki" putusan hakim yang lebih rendah itu. Oleh karena itu, praktisnya hakim pada pengadilan yang lebih rendah kedudukannya, mengikuti saja putusan hakim pengadilan yang lebih tinggi kedudukannya itu. Ketiga, hakim salah satu pengadilan mengikuti putusan hakim lain, karena ia menyetujui pertimbangan yang dimuat dalam putusan hakim lain itu.

Mengingat arti, fungsi dan tujuan yurisprudensi penting bagi pembangunan dan pengembangan hukum nasional, tidaklah kecil arti putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama dalam ijtihad yang dilakukan hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) untuk membangun sistem hukum nasional melalui pembinaan putusan (yurisprudensi) yang baik dan teratur. Putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) mempunyai makna penting dalam pengembangan hukum kewarisan Islam, sebab melalui putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama dapat diketahui hal-hal

sebagai berikut, yaitu:[32] (1) Pada putusan (yurisprudensi) orang dapat menemukan wujud kaidah yang kongkrit, (2) Yurisprudensi berperan pula mengisi kekosongan peraturan perundang-undangan, (3) Hakim melalui putusan (yurisprudensi) akan memulihkan keadilan, ketertiban, dan kepastian melalui penciptaan kaidah baru dalam situasi yang kongkrit, (4) Putusan (yurisprudensi) yang mengubah wajah politik suatu peraturan perundang-undangan menjadi wajah hukum secara lebih murni. Hakim terutama berpedoman pada tujuan hukum (*Maqashid al-syari'ah*) yang terkandung dalam peraturan perundang-undangan tersebut.

Wujud yang diharapkan dari putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam pembinaan hukum nasional adalah bahwa putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama tersebut yang digali dari ajaran atau hukum Islam atau penerapan ajaran atau hukum Islam akan menjelma dalam bentuk sebagai berikut.[33]

Pertama, penemuan asas hukum. Asas hukum merupakan sub sistem terpenting suatu sistem hukum. Tiada sistem hukum tanpa asas hukum. Asas hukum dan prinsip hukum berada pada peringkat yang lebih atas dari sistem kaidah. Bukan karena sifatnya yang universal, melainkan dalam asas hukum tercermin tata nilai dan pesan-pesan kultural yang semestinya diwujudkan oleh suatu kaidah hukum. Ke dalam asas-asas hukum dan prinsip-prinsip hukum yang digali dari ajaran dan hukum Islam termuat pesan tata nilai religius yang menjadi watak dan karakter rakyat dan bangsa Indonesia. Tata nilai religius yang secara

---

[32] Bagir Manan, ***op. cit.***, hal. 151.
[33] *Ibid.*, hal. 152 – 153.

tradisional tercermin dalam salah satu cara berpikir rakyat dan bangsa Indonesia ialah "magis religius" yang kemudian tersempurnakan dalam bentuk kepercayaan kepada Tuhan Yang Maha Esa.

Kedua, pembentukan kaidah hukum. Peran putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama di sini adalah sebagai "media transformasi" kaidah-kaidah yang bersumber dari ajaran dan hukum Islam menjadi bagian dari sistem hukum nasional. Dengan demikian, tidak akan ada dualisme antara hukum Islam dengan hukum nasional karena telah tercermin secara utuh dalam yurisprudensi.

Ketiga, tidak pula kurang pentingnya kalau putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama dapat "mentransformasikan", melahirkan atau mengadaptasi ajaran (doktrin) hukum menurut ajaran Islam menjadi ajaran (doktrin) dalam sistem hukum nasional. Dan pada akhirnya dari segi lain, putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama dapat pula mengandung makna penyesuaian kaidah-kaidah fikih yang dipandang tidak sesuai lagi dengan tuntutan dan perkembangan zaman atau karena meningkatnya kemampuan memahami ajaran Islam yang menjadi sumber atau yang mempengaruhi suatu kaidah fikih.

Ijtihad hakim Peradilan Agama dalam pengembangan Kompilasi Hukum Islam dapat pula dipakai sebagai sumber bahan baku pembangunan hukum di Indonesia, selain dengan "Ijtihad Bersama" melalui perundang-undangan, juga dapat dilakukan melalui putusan (yurisprudensi). Melihat keadaan masyarakat muslim Indonesia dan pengalaman pengembangan hukum Islam melalui ijtihad bersama di lembaga perwakilan rakyat selama Indonesia merdeka, terutama dalam pembicaraan Rancangan Undang-undang Perkawinan dan Rancangan Undang-

undang Peradilan Agama dahulu, jalan yang paling baik untuk ditempuh dalam pengembangan hukum Islam adalah jalan Ijtihad melalui yurisprudensi Peradilan Agama.[34]

Peradilan Agama adalah peradilan Islam. Inti peradilan Islam adalah untuk menemukan, menegakkan dan memberi keadilan. Keadilan bukanlah sekedar soal formal melainkan, menyangkut isi, materi putusan yang berkualitas dan berkeadilan. Pengalaman menggali asas-asas dan kaidah hukum Islam untuk dijadikan bahan baku penyusunan dan pembangunan hukum nasional melalui yurisprudensi terbukti berhasil dengan baik waktu pembuatan Kompilasi Hukum Islam dahulu yang kini berlaku secara nasional, dan karena itu merupakan bagian dari hukum nasional Indonesia.[35] Studi ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum Islam dalam Kompilasi Hukum Islam melalui putusan yurisprudensi adalah perlu dan baik karena putusan (yurisprudensi) itu selain menggambarkan keadilan yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat, juga selaras dengan kesadaran hukum masyarakat muslim Indonesia, asal, tentu saja, para hakim Peradilan Agama yang membuat putusan (yurisprudensi) itu, selain paham benar tentang hukum Islam juga memperhatikan sungguh-sungguh nilai hukum pada umumnya yang terdapat dalam masyarakat.[36]

Ijtihad hakim Peradilan Agama dalam pengembangan hukum kewarisan Islam khususnya hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam yang merupakan hukum terapan di Peradilan Agama merupakan suatu keharusan.

---

[34] Mohammad Daud Ali, "Pengembangan Hukum Islam dan Yurisprudensi Peradilan Agama," *op. cit.*, hal. 18.

[35] *Ibid.*, hal. 18.

[36] *Ibid.*, hal. 18.

Kompilasi Hukum Islam yang di dalamnya terdapat hukum kewarisan telah selesai (*mutanahiyah*) dengan diundangkan (melalui Inpres RI No. 1 Tahun 1991), tetapi permasalahan kemanusiaan dan kehidupan sosial masyarakat muslim Indonesia sekarang secara kualitas dan kuantitas selalu berkembang, dinamis dan tiada hentinya (*ghairu mutanahiyah*). Yang menjadi persoalan sekarang adalah bahwa Kompilasi Hukum Islam yang di dalamnya terdapat hukum kewarisan telah selesai pengundangannya, sedangkan masalah kehidupan masyarakat muslim Indonesia dalam semua segi dimensinya (baik yang menyangkut hukum, sosial, ekonomi, budaya, politik dan sebagainya) tidak pernah selesai (*ghairu mutanahiyah*). Atau dengan kata lain bahwa Kompilasi Hukum Islam yang di dalamnya terdapat hukum kewarisan itu *mutahaddidah, wa al-waqa'i mutajaddidah* (Kompilasi Hukum Islam itu terbatas, dan peristiwa akan selalu baru). Dari latar belakang ini dapat diangkat masalah: Adanya kesenjangan antara l*aw in books* yaitu hukum kewarisan yang ada dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dengan *law in action* yaitu hukum dalam praktek kehidupan (sosial) masyarakat muslim yang terus berkembang, dinamis dan tiada hentinya.

Untuk menjawab permasalahan di atas, maka peran akal (*al-ra'yu*) sangat penting dalam doktrin Islam, yaitu sebagai salah satu sumber atau alat ijtihad (upaya sungguh-sungguh untuk menemukan hukumnya sesuatu yang belum ada hukumnya), selain sumber ajaran Islam yang lain, yaitu al-qur'an dan as- Sunnah. Islam berisi (1) akidah, (2) syari'ah, dan (3) akhlak. Ketiganya itu dikaji dan dikembangkan oleh akal manusia melalui *al-ra'yu* via ijtihad yang disebut: "Ilmu ke-Islam-an". Akidah dikembangkan oleh akal manusia disebut

ilmu tauhid, syari'ah dikembangkan oleh akal manusia disebut (ilmu) fikih, dan akhlak dikembangkan oleh akal manusia disebut ilmu tasawwuf. Apa yang dihasilkan oleh akal manusia itu disebut "produk ijtihad" yang secara garis besar disebut: "ilmu ke-Islam-an". Tentu sebagai sebagai produk pemikiran akal manusia, apapun yang dinamakan "ilmu" pasti relatif, subyektif, kontemporer dan kondisional.

Kompilasi Hukum Islam yang di dalamnya terdapat hukum kewarisan bersifat normatif, deduktif dan dogmatis (tekstual), sedangkan masalah yang dihadapi ummat muslim Indonesia khususnya hukum keluarga muslim seperti hukum kewarisan Islam dalam konteks kehidupan masyarakatnya bersifat empiris, *i*nduktif dan historis (kontekstual), maka dalam mengaplikasikan Kompilasi Hukum Islam khususnya hukum kewarisan dalam kasus / sengketa kejadian hukum pasti tidak dapat dilepaskan dari latarbelakang kejadian kasus/sengketa hukum itu dengan mempertimbangkan hal-hal yang bersifat empiris, induktif dan historis (kontekstual) itu.

Dengan demikian, kalau dilihat bekerjanya atau fungsionalisasi hukum Islam (dalam hal ini Kompilasi Hukum Islam kkhususnya hukum kewarisan) itu melalui tiga tahap, yaitu: pertama tahap formulasi (pembuatan), kedua tahap aplikasi (penerapan oleh pengadilan terhadap kasus / kejadian), dan ketiga tahap eksekusi (pelaksanaan putusan pengadilan). Pada tahap formulasi disebut pula tahap pembuatan suatu hukum dalam bentuk perundang-undangan yang nantinya akan ditegakkan apabila terjadi suatu peristiwa atau kasus hukum. Pada tahap aplikasi disebut pula tahap penerapan hukum terhadap suatu kasus yang terjadi

dengan melalui proses peradilan. Di sini tugas hakim Peradilan Agama melakukan penerapan hukum melalui ijtihad atas kejadian / kasus perkara yang diajukan kepadanya untuk memutus menemukan hukumnya perkara yang diajukan kepadanya itu. Pada tahap eksekusi berarti tahap pelaksasaan atas putusan hakim tersebut yang dijalankan atau dilaksanakan oleh aparat eksekusi dan pada tahap eksekusi ini putusan hukum melalui proses peradilan benar-benar dijalankan. Jadi hukum yang diterapkan oleh hakim Peradilan Agama yaitu "hukum Kasus" atau "hukum pemahaman ". Hukum pemahaman atau apa yang dipahami hakim dari sumber Kompilasi Hukum Islam khususnya hukum kewarisan bisa sama seperti apa yang dimaksud oleh Kompilasi Hukum Islam itu atau mala keluar dari Kompilasi Hukum Islam itu dan yang terakhir ini merupakan wujud "pengembangan" (keluar dari teks undang-undang) yang disebut: *"Tahrij al-ahkam 'ala nash al-qanun"* untuk mencapai keadilan yang dimaksud oleh undang-undang itu.

Dari sini karakter hukum Islam menunjukkan sebagai pemahaman dan karakter hukum Islam sebagai produk ilmu di atas tercermin adanya hukum Islam sebagai produk penalaran yang berarti pula menerima konsekuensi-konsekuensi sebagai ilmu. Di antara konsekuensi-konsekuensi itu adalah (1) Hukum Islam sebagai ilmu adalah skeptis, (2) Hukum Islam sebagai ilmu bersedia untuk dikaji ulang, dan (3) Hukum Islam sebagai ilmu tidak kebal kritik.[37]

Di samping problem-problem akademik hukum Islam sebagai ilmu di atas, upaya mencari solusi dan merumuskan metodologi studi dan pemikiran

---

[37] Abdul Wahab Afif, *Fikih (Hukum Islam) antara Pemikiran Teoritis dengan Praktis*, (Bandung: Fakultas Syari'ah IAIN Sunan Gunung Jati, 1991), hal. 5.

hukum Islam yang komprehensip yang merupakan kerangka dasar pemikiran hukum Islam, juga sudah saatnya studi hukum Islam dewasa ini dikembangkan melalui kerangka sosiologi hukum, mengkaji antara hukum Islam dalam buku (*law in books*) dengan mengkaji hukum Islam dalam kenyataan empiris (*law in action*). Masalah yang dikaji terhadap hukum Islam dengan kerangka sosiologi adalah (1) faktor-faktor sosial, politik, dan kultural apa yang melatarbelakangi munculnya suatu hukum Islam itu, (2) bagaimana dampak ketetapan hukum Islam itu terhadap masyarakat. Kedua aspek tersebut adalah wilayah sosiologi. Sedangkan pendekatan historisnya adalah dalam rentang waktu kapan suatu ketetapan hukum itu lahir.[38]

Pemahaman terhadap Kompilasi Hukum Islam khususnya hukum kewarisan oleh hakim Peradilan Agama dalam penerapannya tidaklah bersifat absolut, tetapi relatif sesuai dengan sifat relatif manusia itu sendiri dan sifat relatif perkembangan sosial yang mempenggaruhi perkembangan hukum Islam khususnya hukum kewarisan. Sifat relatif ini merupakan ciri pokok dari efektifitas ilmu sosial yang dikenal saat ini, dengan model berpikir induktif sebagaimana dikenal dalam penelitian-penelitian ilmu sosial. Semuanya itu menyangkut proses ijtihad dan bagaimana pula memahami hasil-hasil ijtihad itu sendiri, semuanya itu membutuhkan penelitian yang mendalam menyangkut persoalan-persoalan dalil dan hal-hal yang berkaitan dengan proses ijtihad tersebut, dan di sinilah model pendekatan doktriner – normatif – deduktif tidak lagi cukup dan harus

---

[38] M. Atho' Mudzhar, *Pendekatan Studi Islam dalam Teori dan Praktek*, Cet. 1, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1998), hal. 246.

dikombinasikan dengan model pendekatan kedua, yaitu: empiris – historis – induktif.[39]

Sesuai permasalahan yang diangkat dalam penulisan ini, bagaimana mungkin Kompilasi Hukum Islam yang terbatas (*mutanahiyah*) itu sedangkan masalah kehidupan sosial masyarakat muslim Indonesia yang terus berkembang, dinamis tiada hentinya (*ghairu mutanahiyah*), maka perlu menggali makna, jiwa, *ruh* bahkan melacak latarbelakang lahirnya Kompilasi Hukum Islam khususnya hukum kewarisan dan kondisi sosial Kompilasi Hukum Islam itu dibuat. Hal ini dapat didekati dengan paradigma filsafat hukum Islam dan filsafat ilmu hukum Islam seperti pada zaman Umar bin Khaththab.

Pada periode Umar bin Khaththab, pemikiran filsafat hukum Islam semakin nyata. Banyak ketentuan hukum Islam yang disebutkan dalam "*nash*" dipikirkan juga tentang "jiwa" yang melatarbelakanginya, hingga jika "jiwa" yang melatarbelakangi itu tidak tampak dalam penerapannya pada suatu saat dan keadaan tertentu, maka ketentuan hukum itu tidak dilaksanakan. Misalnya dalam Surat *al-Taubah* ayat 60, yang menyebutkan bahwa orang-orang *mu'allaf* (orang dilunakkan hatinya terhadap Islam) berhak menerima zakat. Ketentuan tersebut dipahami oleh Umar bin Khaththab bahwa yang melatarbelakangi ketentuan itu adalah keadaan lemah pada masa permulaan sejarah Islam. Keadaan lemah itu sudah berubah pada masa pemerintahannya, oleh karenanya ketentuan ayat al-Qur'an tersebut tidak dipenuhi syarat lagi untuk dilaksanakan. Pada masa

---

[39] Akhmad Minhaji, yang dikutip oleh Yusdani, penerjamah, *Metodologi Hukum Islam Kontemporer*, oleh Taha Jabir al-Alwani, Cet. 1 (Yogyakarta: UII Press, 2001), hal. XVI – XVII.

pemerintahan Umar bin Khaththab orang-orang *mu'allaf* tidak diberi bagian zakat.[40]

Studi ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan Kompilasi Hukum Islam (khusus hukum kewarisan yang diangkat dalam penelitian ini) yang nantinya dapat disumbangkan (kontribusi) terhadap hukum nasional dan dalam upaya mengangkat hukum Islam ke dalam dunia modern (kekinian) perlu penyesuaian dan memperbaharuinya. Dalan ajaran Islam terdapat anjuran "*tajdid*" (pembaharuan). Lalu apa yang dimaksud *tajdid* dalam Islam. Kata *Tajdid* adalah istilah dalam hukum Islam yang berasal dari kata kerja *mudhari'*, *yujaddidu* yang terdapat dalam Hadis Rasulullah riwayat Adu Daud dari Abi Hurairah R.A yang berbunyi:

> *"Inna Allah yab'atsu li hadzihi al-ummat 'ala ra'si kulli mi'ati aamin man yujaddiduha diniha"* (Sesungguhnya Allah akan mengutus untuk umat ini (umat Islam) orang yang akan melakukan "Tajdid" (pembaharuan) agamanya setiap akhir seratus tahun)".[41]

Kata *"tajdid"* secara bahasa mengandung beberapa hal yang antara satu sama lain tidak dapat dipisahkan, yaitu: (1) sesuatu yang akan *ditajdid* (diperbaharui) itu, sudah ada dasarnya dari semula, (2) sesuatu yang telah ada dasarnya itu melalui masa lama sehingga mungkin ada yang telah usang atau tidak lagi sesuai dengan dasarnya semula, dan (3) *tajdid* (memperbaharui) berarti mengembalikan yang telah usang atau telah berubah kepada posisinya semula sesuai dengan dasarnya.

---

[40] Ahmad Azhar Basyir, *Refleksi atas Persoalan Keislaman, Seputar Filsafat, Hukum, Politik dan Ekonomi*, Cet.1, (Bandung: Mizan, 1991), hal. 124.

[41] Satria Effendi M. Zein, *Aliran-aliran Pemikiran Hukum Islam*, Cet. 1 (Jakarta: Pascasarjana UI, 1994), hal. 74.

Pengertian *tajdid* menurut istilah fikih, berkaitan erat dengan pengertiannya menurut bahasa seperti tersebut di atas. Di samping itu, pengertian *tajdid* dilengkapi pula oleh sebuah Hadis riwayat Ahmad bin Hanbal yang artinya:

"Dari Abu Hurairah R.A., bahwa Rasulullah saw. bersabda, *"jaddidu imanakum"* (perbaharui iman kalian). Lalu sahabat bertanya, ya Rasulallah, bagaimana caranya memperbaharui iman kami? Rasulullah saw. memberi petunjuk dengan mengatakan, "perbanyaklah mengucapkan kalimat tauhid, Lailaha Illallah".[42]

Hadis tersebut, di samping menjelaskkan bahwa memperbaharui iman itu bisa dengan "mengulang-ulang membaca kalimat tauhid", juga memperbaharui iman dengan "menghidupkan" atau "mengamalkan isi" dari kalimat tauhid itu ke dalam kehidupan. Dengan demikian *"tajdid"* di samping berarti mengembalikan (*i'adah*) ajaran agama kepada keadaannya semula sesuai dengan sumber-sumber utama Islam, juga berarti menghidupkan (*ihya'*) agama Allah swt. di bumi ini.

Berkaitan dengan aplikasi Kompilasi Hukum Islam khususnya hukum kewarisan sebagai pedoman hakim Peradilan Agama dalam memutus perkara yang diajukan kepadanya tidak dapat dilepaskan dari hasil ijtihad yang dilakukannya, yaitu dengan pemahaman *Ihya'*(menghidupkan) dan pemahaman *tathwir* (pengembangan) hukum materiilnya itu. Demikian beberapa cakupan dari pengertian *tajdid* yang terdapat dalam ajaran Rasulullah saw. Dari beberapa pengertian tersebut di atas dapat dipahami bahwa pengertian "*tajdid*" berlainan sama sekali dengan pengertian "*tabdil*" (menukar) hukum Islam dengan hukum Barat. Peristiwa menukar hukum Islam dengan hukum Barat sama sekali

---

[42]*Ibid.*, hal. 77

bertentangan dengan pengertian *tajdid* dalam Hadis Rasulullah saw. di atas. Apa yang terjadi di dunia Islam semenjak memasuki abad modern tidak termasuk dalam arti *tajdid* dalam Hadis Rasulullah saw., melainkan berupa: "*taghyir*" (mengubah) ketentuan-ketentuan yang ditegaskan oleh Allah, dan "*tabdil*" (menukar) serta "*taghrib* (pembaratan) hukum di dunia Islam.

Dalam memahami Kompilasi Hukum Islam khususnya hukum kewarisan sebagai hukum terapan di Peradilan Agama dalam penegakannya terdapat interpretasi berbeda-beda yang dilakukan hakim agama, yaitu menempatkan Kompilasi Hukum Islam khususnya hukum kewarisan dengan pendekatan *teks*, dogmatis yang *mandeg* sehingga tidak mampu menjawab persoalan-persoalan hukum Islam yang semakin hari semakin dinamis dan kompleks. Disamping itu terdapat pendekatan lain dalam menginterpretasi Kompilasi Hukum Islam khususnya hukum kewarisan dengan mengambil inti, esensi dan spirit yang terkandung di dalamnya dan kemudian mencoba mengaplikasikannya sesuai dengan tuntutan tempat dan masa. Terdapat penawaran pendekatan dalam paradigma pemahaman yang lain, yaitu: "Teologis- Filosofis *dan* Historis – Sosiologis".[43]

Bagaimana hakim Peradilan Agama mempedomani KHI (Kompilasi Hukum Islam) (khusus dalam tulisan ini hukum kewarisan dalam Buku II KHI) sebagai hukum terapan di Pengadilan Agama yang telah selesai (*mutanahiyah*) dengan diundangkannya (melalui Inpres RI No. 1 tahun 1991) bersifat normatif, deduktif *dan* tekstual, sedangkan di sisi kain kehidupan keluarga muslim

[43] Akh. Minhaji, *Hukum Islam: Antara Sakralitas dan Profanitas (Perspektif Sejarah Sosial)*, (Yogyakarta: Universitas Islam Negeri Yogyakarta, 2004), hal. 3-8.

Indonesia dinamis, tidak selesai (*ghairu mutanâhiyah*) bersifat empiris, induktif, kontekstual, dan kasuistis. Adapun yang pertama bersifat *solen* dan yang kedua bersifat *sein*, sehingga kesenjangan antara keduanya itu menimbulkan permasalahan antara hukum dalam buku dengan hukum pada kenyataan. Untuk lebih jelasnya dapat dilihat pada bagan 1.

Untuk menjawab kesenjangan antara *solen* dan *sein* antara hukum kewarisan yang terdapat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dengan kenyataan melalui putusan atau ijtihad hakim Peradilan Agama yang menimbulkan permasalahan di atas, maka penting untuk dilakukan penelitian untuk mendapatkan jawaban dalam memecahkan permasalahan dengan melakukan "ijtihad". Untuk lebih jelasnya dapat dilihat dalam bagan 2. Upaya pengembangan teks undang-undang (*tahrij al- ahkam 'ala nashil qanun*) tersebut untuk melakukan ijtihad dengan beberapa metode, di dalamnya termasuk memahami jiwa (*ruh*), dengan pendekatan *maqashid al-syari'ah*, serta *tajdid al-fahmi* dengan mengaplikasikan pendekatan teologis – filosofis dan historis – sosiologis, sebagai refleksi bahwa "hukum Islam" yang merupakan bagian dari *"dinul Islam"* tetap "aktual" dan penuh dengan *nilai-nilai rahmatan lil a'lamin.*

Berdasarkan latarbelakang masalah tersebut di atas, dipandang perlu diadakan suatu penelitian mengenai: "TRANSFORMASI HUKUM ISLAM KE DALAM HUKUM NASIONAL (STUDI IJTIHAD HAKIM PERADILAN AGAMA TENTANG PENGEMBANGAN HUKUM KEWARISAN DALAM KOMPILASI HUKUM ISLAM DAN KONTRIBUSINYA TERHADAP HUKUM NASIONAL)".

1.2 Identifikasi Masalah

Bertitik tolak dari uraian latarbelakang masalah tersebut di atas, maka masalah pokok yang penulis teliti dan bahas dalam disertasi ini secara umum adalah: "Apa dan Bagaimana Transformasi Hukum Islam ke dalam Hukum Nasional", khusus mengkaji dan meneliti " Studi Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam dan Kontribusinya terhadap Hukum Nasional". Untuk mengangkat dan mempertajam pembahasan dalam disertasi ini, ruang lingkup penelitian diidentifikasi (ditentukan) mengenai hal-hal berikut.

1. Bagaimana hukum Islam dapat ditransformasikan ke dalam hukum nasional?
2. Apa wujud dan pertimbangan hukum dalam putusan ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam?
3. Bagaimana metode ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam?
4. Bagaimana peran ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam untuk mengantisipasi perkembangan kehidupan keluarga muslim di Indonesia?
5. Kaidah hukum apa yang dapat diambil dari ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam dan kontribusinya terhadap hukum nasional?

1.3 Batasan Masalah

Berdasarkan uraian pada latarbelakang masalah dan identifikasi masalah di atas, serta lebih terarahnya penelitian dalam disertasi ini, penulis membatasi lingkup penelitian ini, hanya menyangkut transformasi hukum Islam terhadap hukum nasional, khususnya tentang ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi hukum Islam (KHI) dan kontribusinya terhadap hukum nasional. Peradilan Agama mempunyai wewenang absolut di bidang hukum perdata Islam tertentu mengenai (1) hukum perkawinan, (2) hukum kewarisan, (3) hukum perwakafan. Undang-undang No. 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama telah diamandemen dalam Undang-undang Nomor 3 tahun 2006 untuk menambah wewenang absolud, yaitu (4) ekonomi syari'ah. Sesuai dengan wewenang yang diberikan oleh Undang-undang No. 7 Tahun 1989, Jo. Undang-undang No. 3 Tahun 2006, Jo. Undang-undang No. 50 Tahun 2009, yang memberikan kepada Peradilan Agama untuk memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara-perkara bidang tersebut.

Hukum materiil yang menjadi wewenang Peradilan Agama tersebut di atas telah dihimpun dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI), yaitu Inpres RI No. 1 Tahun 1991 melalui Keputusan Menteri Agama Republik Indonesia No. 154 Tahun 1991 tanggal 22 Juli 1991. Di samping itu, dalam kumpulan lain, yaitu kitab-kitab fikih Islam, khususnya ketiga belas kitab fikih yang ditentukan oleh Biro Peradilan Agama (dulunya disebut Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama) seperti *Albajuri, Fath al-Mu'in, Syarqawi 'ala al-Tahrir, al-Mahali, Fath*

al-Wahhab, Tuhfat, Targhib al-Mustaq, Qawanin al-Syar'iyyah Ustman ibn Yahya, Qawanin al-Syar'yyah Shadaqah Dahlan, Syamsuri fi al-faraidh, Bughat al-Mustarsidin, al-Fiqh ala al-Madzahib al-Arba'ah, dan Mughni al-Muhtaj.[44]

Adapun yang menjadi kajian dalam penelitian disertasi ini hanya pada buku II Kompilasi Hukum Islam tentang Hukum Kewarisan, dengan meneliti antara bagaimana hukum waris dalam Kompilasi Hukum Islam (*law in books*) dengan hukum waris yang telah diputuskan melalui Pengadilan Agama *(law in action*) yang merupakan pengembangan dari *teks* undang-undang *(tahrij al-ahkam 'ala nashil qanun*). Pengumpulan data diambil melalui putusan (*yurisprudensi*) Mahkamah Agung lingkungan Peradilan Agama atau putusan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap mengenai hukum perdata Islam yang menjadi wewenangnya khususnya "Hukum Kewarisan" sejak disahkannya (KHI) Kompilasi Hukum Islam (Inpres RI No. 1 Tahun 1991 sampai sekarang terdiri dua kasus yang dipandang aktual, mengingat kuantitas putusan Peradilan Agama tentang hukum kewarisan lebih kecil dibanding putusan bidang hukum yang lain.[45]

1.4 Tujuan Penelitian dan Kontribusi Penelitian

Adapun tujuan yang ingin dicapai dalam penelitian ini adalah: Secara umum untuk menemukan originalitas atau mengembangan hukum yang

---

[44] Muhammad Daud Ali, "Perkembangan Hukum Islam di Indonesia (Selayang Pandang)," Makalah untuk Pertemuan Tokoh/Pemuka Agama se DKI Jakarta, 21 Agustus 1993, hal. 17.

[45] Wawancara dengan Abdurrahman, Hakim Agung di Mahkamah Agung Republik Indonesia, pada tanggal 15 Januari 2010.

ditemukan dalam putusan hakim dan untuk menemukan kontribusi putusan hakim dalam usaha transformasi hukum Islam terhadap hukum nasional. Adapun tujuan secara khusus adalah sebagai berikut.

1. Untuk mengkaji hukum Islam yang dapat ditransformasikan ke dalam hukum nasional;
2. Untuk mengetahui wujud dan pertimbangan ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam;
3. Untuk mengetahui metode ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Huukum Islam;
4. Untuk mengetahui peran ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam untuk mengantisipasi perkembangan kedidupan keluarga muslim di Indonesia;
5. Untuk mengetahui kaidah hukum yang dapat diambil dari ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam dan kontribusinya terhadap hukum Nasional.

Adapun kontribusi (kegunaan atau manfaat) yang diharapkan dalam penelitian ini adalah diharapkan hasil penelitian ini dapat bermanfaat bagi pengembangan ilmu pengetahuan hukum Islam, terutama ilmu pengetahuan hukum perdata Islam mengenai hukum kewarisan, dilihat dari sudut penerapan hukum waris Islam di Pengadilan Agama dengan melihat fakta dan peristiwa yang melatarbelakangi perkara (sengketa) yang harus dibuktikan di Pengadilan Agama sampai pada putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama. Dengan demikian yang

digunakan dalam memahami studi ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam dan kontribusinya terhadap hukum nasional adalah "hukum kasus", bukan dalam pemahaman pendekatan "hukum fungsi mengatur" (perundang-undangan) yang bersifat netral, lepas dari konteks, dan peristiwa. Di samping itu, penelitian ini juga diharapkan dapat dijadikan bahan masukan bagi hakim Peradilan Agama khususnya, penegak hukum lain pada umumnya dalam melaksanakan tugas menegakkan kebenaran dan keadilan, para ulama', para peminat pecinta pengkaji hukum Islam dalam melakukan pembaharuan (*tajdid*) hukum Islam.

Secara pribadi penelitian ini diharapkan juga akan bermanfaat bagi pengembangan ilmu pengetahuan hukum perdata Islam bagi penulis, dalam rangka melaksanakan tugas sehari-hari sebagai pengajar hukum Islam pada Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung (Unissula) Semarang.

1.5 Signifikansi Penelitian

Secara teoritis penelitian ini mencoba memberikan kontribusi dengan menggunakan pemahaman secara konstruktif dalam memahami secara umum konsep transformasi hukum Islam ke dalam hukum nasional khususnya ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam dan kontribunsinya terhadap hukum nasional. Signifikansi penelitian ini dikemukakan beberapa alasan sebagai berikut: (1) karena hukum Islam sebagai sumber hukum positf dalam reformasi hukum nasional, sehingga hukum Islam harus mampu bersifat empiris dan realistis, (2)

hukum Islam memiliki arti yang besar bagi pemeluknya dengan dasar antara lain, ia turut menciptakan tata nilai yang mengatur kehidupan muslim dan keseluruhhan pandangan hidup umat Islam ditentukan oleh nilai-nilai tersebut, (3) hukum Islam dapat ditransformasikan ke dalam hukum nasional, maka pembaharuan hukum Islam mutlak dilakukan dengan cara mengembangkan prinsip-prinsip hukum Islam, (4) hukum Islam didukung oleh mayoritas penduduk Indonesia, karena mayoritas penduduk Indonesia beragama Islam dan secara historis dan sosiologis hukum Islam telah mengakar dalam praktek, ini berarti hukum nasional yang dikehendaki negara Republik Indonesia adalah hukum yang menampung dan memasukkan hukum agama (Islam) dan hukum yang bersumber dan berakar pada nilai-nilai budaya, moral dan keagamaan, (5) perlu penelitian hukum Islam yang bersifat *qadha'i*, yaitu hukum Islam yang berhubungan dengan permasalahan yuridis yang menyentuh kepentingan sosial masyarakat muslim pada umumnya.

Secara praktis, signifikansi penetitian ini penting dengan alasan-alasan sebagai berikut: (1) pembaharuan dan pembentukan hukum tidak saja dilakukan melalui kodifikasi dan unifikasi bidang-bidang tertentu, tetapi dapat dilakukan melalui putusan (yurisprudensi) hakim berhubung banyaknya persoalan hukum yang belum diatur oleh hukum tertulis sebagai pengembangan teks undang-undang (*tahrij ahkam 'ala nashil qanun*), (2) hukum yang telah dikodifikasikan dalam bentuk undang-undang akan selalu ketinggalan zaman karena nilai-nilai kesadaran terus berubah, perubahan dan pergeseran kesadaran masyarakat (*social change*) tidak pernah berhenti, (3) pada putusan

(yurisprudensi) dapat ditemukan kaidah hukum yang kongkrit seperti saudara kandung pewaris terdinding oleh anak perempuan pewaris dan anak yang non muslim mendapat bagian peninggalan pewaris yang muslim dengan jalan *wasiat wajibah* yang bagiannya tidak boleh melebihi sepertiga dan berperan pula mengisi kekosongan peraturan perundang-undangan, (4) hakim melalui putusan (yurisprudensi) akan menciptakan kaidah baru dalam situasi yang kongkrit disamping akan mengubah wajah politik suatu peraturan perundang-undangan menjadi wajah hukum secara murni, (5) Peran putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama sebagai "media transformasi" kaidah-kaidah hukum yang bersumber dari ajaran dan hukum Islam menjadi bagian dari sistem hukum nasional, atau dengan kata lain putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama dapat mentransformasikan, melahirkan atau mengadaptasi ajaran (doktrin) hukum menurut ajaran Islam menjadi ajaran (doktrin) dalam sistem hukum nasional, dan (6) melihat keadaan muslim Indonesia dan pengalaman pengembangan hukum Islam melalui ijtihad bersama di lembaga perwakilan rakyat selama Indonesia merdeka mengalami kesulitan, jalan yang paling baik untuk ditempuh dalam pengembangan hukum Islam adalah jalan ijtihad melalui putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama.

1.6 Kajian Pustaka

Disertasi ini mengangkat transformasi hukum Islam ke dalam hukum nasional, khususnya berkaitan dengan ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan kontribusinya terhadap hukum nasional. Dalam kajian pustaka yang diteliti oleh

penulis belum menemukan tulisan yang sama atau yang serupa dengannya. Kebanyakan para penulis mengkaji secara umum, misal menurut ilmu hukum untuk mentransformasikan hukum Islam menjadi hukum nasional diperlukan tiga kegiatan. Pertama, menggali nilai-nilai Islam dari al-Qur'an dan as-Sunnah. Kedua, mensarikan asas-asas hukum Islam dan penuangannya ke dalam hukum nasional. Ketiga, penerapannya ke dalam hukum positif serta penegakannya.[46]

Di sisi lain ada yang mengemukan tentang usaha mentransformasikan hukum Islam ke dalam hukum nasional, karena menghadapi kenyataan bahwa sebagian hukum yang berlaku berasal dari hukum Barat yang dibawah oleh pemerintah kolonial dan perubahan sosial, maka transformasi tersebut menggunakan teknik-teknik *takhshish al-qadla, takhayyur, reinterpretasi dan siyasah syar'iyyah.*[47] Belum ada yang meneliti, mengkaji serta menulis tentang putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama yang wujudnya dapat disumbangkan kepada hukum nasional. Putusan tersebut dari ajaran Islam yang biasanya hanya berlaku bagi umat Islam ditrasformasikan menjadi hukum nasional, tidak hanya milik umat Islam tetapi milik seluruh bangsa Indonesia.

Dalam kajian tentang ijtihad banyak ahlinya yang mengemukakan seperti oleh Amir Mu'allim tentang: "Metode Ijtihad Hukum Islam di Indonesia: Upaya Mempertemukan Pesan-pesan Teks dengan Realitas sosial" yang mengemukakan metode ijtihad responsif untuk menjawab problematika kontemporer yang

---

[46] Taufiq, "Kebijakan-kebijakan politik Pemerintah Orde Baru mengenai Hukum Islam (Sejarah dan Perkembangannya," dalam ***Mimbar Hukum No. 32 Tahun VIII 1997,*** hal. 21.

[47] Taufiq, "Transformasi Hukum Islam ke dalam Hukum Nasional," dalam *Mimbar Hukum No. 49 Thn. XI 2000*, hal. 10.

muncul di manapun dan kapanpun.[48] Metode ijtihad yang dikemukakannya secara umum, beda dengan ijtihad yang dilakukan oleh hakim Peradilan Agama yang sifatnya khusus, kasuistik mungkin masalahnya sama tetapi nuansa yang melatar belakangi bisa berbeda-beda karena *illat* hukumnya berbeda sehingga putusannya akan berbeda pula.

Tugas pokok seorang hakim adalah memutuskan atau menetapkan hukum *syara'* pada suatu perkara untuk menyelesaikan sengketa yang diajukan kepadanya. Ini merupakan ijtihad khusus yang ada pada diri seorang hakim (Peradilan Agama), karena ia dituntut menguasai dua kemampuan, yaitu: Pertama, kemampuan untuk menguasai hukum yang berkaitan dengan *ijtihad istinbati.* Kedua, kemampuan untuk menerapkannya, yang disebut *ijtihad tatbiqi.*

Pada *ijtihad istinbati*, seorang hakim dituntut adanya penguasaan hukum yang meliputi penguasaan terhadap hukum Islam yang secara eksplisit tercantum dalam al-Qur'an dan as-Sunnah dan kemampuan untuk berijtihad dari menyimpulkan hukum dari kedua sumber tersebut. Pada *ijtihad tatbiqi* menyangkut penerapan hukum. Di sini yang diperlukan adalah kemampuan seorang hakim dalam melihat kasus dalam hal bentuk hukum yang bagaimana yang cocok untuk diterapkan. Hakim dalam menghadapi kasus yang diajukan kepada padanya harus menguasai hukum dan ketajaman pandangan dalam melihat suatu kasus dan latar belakangnya sehingga pada diri seorang hakim dalam menangani proses peradilan itu mengangkut ilmu dan seni. Artinya, bahwa

---

[48] Amir Mu'allim, *Metode Ijtihad Hukum Islam di Indonesia: Upaya Mempertemukan Pesan-pesan Teks dengan Realitas Sosial*, Pidato Pengukuhan dalam Jabatan Guru Besar Bidang Ilmu Fiqh, Disampaikan di Depan Sidang Senat Terbuka Universitas Indonesia Tanggal 17 Juni 2006, hal. 30.

tugas seorang hakim harus menguasai ilmu dan seni. Namun penguasaan ilmunya lebih mudah untuk dipelajari dibanding dengan penguasan seninya.[49]

Di samping itu terdapat pengakajian pula yang sifatnya umum tentang Pengembangan Hukum Islam dan yurisprudensi (putusan) Peradilan Agama khususnya Pengembangan Hukum dan yurisprudensi yang dikemukana bahwa pengembangan hukum Islam dapat dipakai sebagai sumber bahan baku pembangunan hukum di Indonesia, selain dengan ijtihad bersama melalui peraturan perundang-undangan, juga dapat dilakukan melalui yurisprudensi.[50]

Melihat keadaan obyektif masyarakat muslim Indonesia dan pengalaman mengembangkan hukum Islam melalui 'ijtihad bersama' di lembaga Dewan Perwakilan Rakyat yang selamanya tidak mulus, jalan yang paling baik untuk menempuh dalam pengembangan hukum Islam salah satunya adalah jalur yurisprudensi Peradilan Agama. Pengalaman menggali asas-asas dan kaidah-kaidah hukum Islam untuk dijadikan bahan baku penyusunan dan pembangunan hukum nasional melalui yurisprudensi terbukti berhasil dengan baik pada waktu pembuatan Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang kini berlaku secara nasional dan karena itu merupakan bagian dari hukum nasional Indonesia.

Demikianpun dalam kajian kepustakaan belum ditemukan suatu kajian secara khusus tentang pengembangan hukum Islam melalui putusan (yurisprudensi) yang dapat disumbangkan terhadap hukum nasional. Kebanyakan penulis mengkaji

---

[49] Satria Effendi M. Zein, "Ijtihad dan Hakim Peradilan Agama," dalam *Mimbar Hukum No. 10 Thn. IV 1993*, hal. 53.

[50] Mohammad Daud Ali, "Pengembangan Hukum Islam dan Yurisprudensi Peradilan Agama," dalam *Mimbar Hukum No. 12 Thn. V 1994*, hal. 18.

asas, prinsip hukum dan kaidah hukum Islam yang dapat disumbangkan terhadap pembentukan perundang-undangan (*siyasah syar'iyah*).

Peranan putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama dalam pembinaan hukum Islam sangat *urgen*. Ada dua cara yang lazim ditempuh dalam pembinaan hukum nasional, yaitu melalui pembentukan perundang-undangan dan melalui putusan-putusan hakim (yurisprudensi). Dalam kajian pembinaan hukum Islam melalui yurisprudensi dalam kajian pustaka tidak dikaji secara dalam. Yang disampaikan hanya secara umum seperti hanya mengemukakan sebagai berikut, dalam yurisprudensi orang dapat menemukan kaidah hukum yang kongkret. Yurisprudensi berperan pula dalam mengisi kekosongan hukum. Yurisprudensi akan memelihara keadilan, ketertiban dan kepastian melalui prinsip-prinsip kaidah baru dalam suatu situasi yang kongkret. Yurisprudensi akan mengubah "wajah politik" suatu peraturan perundang-undangan menjadi wajah hukum secara murni. Hakim tidak lagi terutama berpedoman pada keinginan pembentuk peraturan perundang-undangan. Hakim terutama berpedoman pada tujuan hukum pada tujuan hukum yang terkandung dalam peraturan perundang-undangan tersebut.[51]

Dalam disertasi ini dikaji tentang wujud dan pertimbangan hukum dalam putusan (yurisprudensi) hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI), metode ijtihad hakim Peradila Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI), peran ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) untuk mengantisipasi

[51] Bagir Manan, "Peranan Peradilan Agama dalam Pembinaan Hukum Nasional," dalam (ed) Eddi Rudiana Arief, *Hukum Islam di Indonesia: Pemikiran dan Praktek*, Cet. 1 (Bandung: Remaja Rosdakarya Offset, 1991), hal. 150 – 151.

perkembangan kehidupan keluarga muslim Indonesia, serta kaidah hukum yang dapat diambil dari ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan kontribusinya terhadap hukum nasional.

Kajian dalam disertasi ini belum pernah dilakukan sepengetahuan penulis baik dalam kajian pustaka maupun dalam hasil penelitian. Penelitian dalam bentuk disertasi ini dengan mengangkat judul dan permasalahan di atas dari putusan (yurisprudendi) Peradilan Agama dalam pembinaan hukum nasional dapat ditransformasikan dan dikontribusikan dalam bentuk atau wujud putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama yang digali dari ajaran atau hukum Islam atau penerapan ajaran atau hukum Islam akan menjelma dalam bentuk: Pertama, menemukan asas dan prinsip hukum. Kedua, pembentukan kaidah hukum, dan Ketiga, bahwa yurisprudensi (putusan) Peradilan Agama dapat mentransformasikan, melahirkan atau mengadaptasi ajaran (doktrin) hukum menurut ajaran Islam menjadi ajaran (doktrin) dalam sistem hukum nasional.[52]

1.7 Kerangka Teoritik

Hukum Islam adalah hukum yang bersumber dan menjadi bagian dari agama Islam,[53] disamping akidah dan akhlak. Sumber-sumber Islam itu adalah (1) al-Qur'an, dan (2) as-Sunnah, serta (3) *al-ra'yu* (akal pikiran manusia yang memenuhi syarat untuk berijtihad).

---

[52] ***Ibid.***, hal. 152 – 153.

[53] Mohammad Daud Ali, ***Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum di Indonesia***, Cet. 5, (Jakarta: PT. Radja Grafindo Persada, 1993), hal. 38.

Sebagai lembaga hukum, hukum Islam mempunyai corak tersendiri yang bersifat *sui generis* (berbeda dalam jenisnya). Adapun cirri-ciri hukum Islam salah satunya adalah mempunyai dua istilah kunci yakni (a) syari'ah dan (b) fikih. Syari'ah terdiri dari wahyu Allah dan Sunnah Nabi Muhammad dan fikih adalah pemahaman dari hasil pemahaman manusia.[54]

Berkaitan dengan dua istilah kunci hukum Islam di atas, dapat diketahui hukum Islam mana yang bersifat murni sebagai wahyu Allah dan Sunnah Nabi Muhammad, dan hukum Islam mana yang telah dicampuri daya nalar manusia. Untuk itu, bila ditinjau dari proses pembentukan hukum Islam, ahli *ushul fikih* membuat batasan, bahwa "syari'ah" adalah "*al-nushush al-muqaddasah*" (ajaran Islam yang sama sekali tidak dicampuri oleh daya nalar manusia) dalam al-Qur'an maupun *as- Sunnah al-mutawatirah.* Adapun fikih dalam istilah *ushul fikih* ialah "pemahaman" atau apa yang dipahami dari *al-nushush al- muqaddasah.*[55] Syari'ah bersifat stabil *(tsabat)* sedangkan fikih bersifat dinamis *(tathawwur).*[56]

Untuk itu dapat disimpulkkan bahwa syari'ah bersifat stabil dan tidak berubah, sedangkan fikih dapat berkembang dan bervariasi, sesuai dengan tingkat kemampuan daya nalar para *mujtahid,* ia berkembang tetapi tetap hukum yang *Qur'ani.* Dalam praktek sering kali, kedua istilah itu dirangkum dalam kata "hukum Islam", tanpa menjelaskan apa yang dimaksud. Ini dapat dipahami karena hubungan keduanya memang sangat erat, dapat dibedakan, tetapi tidak

---

[54] *Ibid.,* hal. 52.

[55] Satria Effendi M. Zein, "Pengkajian dan Pengembangan Metodologi Hukum Fikih Islam," Makalah dalam Seminar Nasional Hukum Islam dan Perubahan Sosial, Semarang, 16 – 18 Oktober 1990, hal. 2.

[56] *Ibid.,* hal. 3.

mungkin diceraipisahkan. Syari'ah adalah landasan fikih, fikih adalah pemahaman tentang syari'ah.[57]

Seperti diketahui dari penjelasan di atas, hukum Islam mempunyai dua sifat, yaitu pertama bersifat *al-tsabat* (stabil) dan kedua bersifat *al-tathawwur* (berkembang). Untuk itu, dapat diterka aspek mana yang dapat dikembangkan untuk menjawab permasalahan hukum sesuai dengan dinamika perkembangan masyarakat, jawabnya adalah hukum Islam dalam bidang "mu'amalah". Norma hukum dalam bidang mu'amalah, hanya sebagian kecil yang secara tegas dan terinci, sedangkan pada umumnya berupa prinsip-prinsip dasar secara singkat yang dalam pelaksanaannya memerlukan aturan tambahan. Maka, justru pada watak sumber hukum yang singkat dan terbuka tetapi cukup memuat pokok-pokok pikiran yang mengandung makna yang mendalam itulah terletaknya dinamika hukum Islam.[58]

Perlu diketahui bahwa di Indonesia hukum Islam berlaku (a) secara normatif, yaitu (bagian) dari hukum Islam yang mempunyai sanksi kemasyarakatan, apabila norma-normanya dilanggar dan (b) secara formal yuridis, yaitu (bagian) dari hukum Islam yang mengatur hubungan manusia dengan manusia lain dan benda dalam masyarakat. Bagian hukum Islam ini menjadi hukum positif berdasarkan atau karena ditunjuk oleh perundang-undangan.[59]

Mentaati hukum Islam baik secara normatif maupun secara formal yuridis adalah suatu kewajiban bagi setiap muslim karena merupakan bagian

---

[57] Muhammad Daud Ali, Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata hukum Islam di Indonesia, *op. cit.*, hal. 42.

[58] Satria Effendi M. Zein, *op. cit.*, hal. 5.

[59] Mohammmad Daud Ali, Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia, *op. cit.*, hal. 5 – 6.

mutlak ajaran Islam. Salah satu bentuk hukum Islam yang berlaku secara yuridis formal di Indonesia adalah keputusan Peradilan Agama.

Di lingkungan masyarakat muslim berlaku tiga kategori hukum dalam pandangan Islam, yaitu (1) Syari'ah, (2) Fikih, dan (3) *Siyasah Syar'iyyah*.[60] Syari'ah dan fikih telah dijelaskan di atas, sedangkan *siyasah sar'iyyah* adalah kewenangan pemerintah untuk melakukan kebijakan yang dikehendaki kemaslahatan, melalui aturan yang tidak bertentangan dengan agama, meskipun tidak ada dalil tertentu, atau dengan kata lain *siyasah sar'iyah* adalah *al-qawanin*, yaitu peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh lembaga yang berwenang dalam negara yang sejalan atau tidak bertentangan dengan *syari'at* (agama).

Siyasah dilihat dari dasar sumbernya dapat dibagi dua, yaitu *siyasah sar'iyyah* dan *siyasah wad'iyah*.[61] Dasar pokok *siyasah sar'iyyah* adalah wahyu atau agama. Nilai dan norma transendendal merupakan dasar bagi pembentukan peraturan yang dibuat oleh institusi-institusi kenegaraan yang berwenang. Syari'ah adalah sumber pokok bagi kebijakan pemerintah dalam mengatur berbagai macam urusan umum dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara.

Siyasah wad'iyah adalah peraturan perundang-undangan yang dibuat manusia yang bersumber pada manusia sendiri dan lingkungannya, seperti pandangan para ahli atau pakar, adat kebiasaan, pengalaman-pengalaman. Dengan demikian *Ilmu siyasah sar'iyyah* menempatkan hasil temuan manusia dalam segi

---

[60]Ahmad Sukardja, *Piagam Madinah dan Undang-undang Dasar 1945, Kajian Perbandingan tentang Dasar Hidup Bersama dalam Masyarakat yang Majemuk*, Cet. 1, (Jakarta: UI Press, 1995), hal. 9.

[61] *Ibid.*, hal. 11.

hukum pada kedudukan yang tinggi dan sangat bernilai. Dan tiap peraturan yang secara resmi ditetapkan oleh negara dan tidak bertentangan dengan agama itu wajib dipatuhi sepenuh hati.[62]

Adapun kriteria *siyasah wad'iyah* yang *Islami* apabila isi dan prosedur pembentukkannya memenuhi syarat-syarat, yaitu isi peraturan itu sesuai, atau sejalan atau tidak bertentangan secara hakiki dengan *syari'at Islam*. Peraturan itu meletakkan persamaan kedudukan manusia di depan hukum dan pemerintahan, tidak memberatkan masyarakat, untuk menegakkan keadilan, dapat mewujudkan kemaslahatan dan mampu menjauhkan kemudaratan serta prosedur pembentukannya melalui musyawarah.[63]

Transformasi dan metodologi hukum Islam dalam pembinaan sistem hukum nasional bahwa hukum Islam dapat dijadikan hukum positif atau sistem hukum nasional. Perkembangan filsafat dan metodologi hukum Islam yang berkembang di Indonesia amat nyata dan dipraktekkan dalam proses pembentukan hukum Islam dari bentuk yang berserakan dalam kitab-kitab kuning menjadi hukum positif. Hukum positif tersebut meliputi aturan-aturan yang berkenaan dengan: (1) lembaga pemerintah dalam bidang keagammaan: Departemen Agama RI, (2) lembaga Peradilan Agama, (3) hukum keluarga dan perkawinan, (4) hukum kewarisan, (5) hukum perwakafan, (6) Kompilasi Hukum Islam, (7) Hukum dan Tata Laksana Haji dan Umroh, (8) hukum Zakat, (9) Perbankan Syari'ah, dan (10) Undang-undang Nangroe Aceh Darussalam. Pembentukan hukum Islam melalui proses syari'ah, *tasyri'* hingga *taqnin* dan melahirkkan

---

[62] *Ibid.*, hal. 12.
[63] *Ibid.*, hal. 12.

qanun dalam pengertian hukum positif,[64] yang merupakan refleksi transformasi hukum Islam ke dalam hukum nasional.

Kerangka epistemologis atau metodologis hukum Islam yang berkembang di Indonesia dan mengambil bentuk hukum positif sebagaimana diutarakan di atas dapat dijelaskan secara kritis berikut di bawah ini,[65] Metodologi hukum Islam yang digunakan dalam proses *taqnin* dan materi hukum positif nampaknya mengikuti aliran konvergensi atau *al-jami'*. Hal ini menandai dominasi pemikiran hukum Islam paruh pertama Abad kedua puluh yang ditandai dengan semangat *al-ruju' ila al-Qur'an wa al-Sunnah* dan "membuka pintu ijtihad" melalui studi perbandingan madzhab. Terdapat senergi antara penggabungan metode *ahnaf* dan *kalam* dalam ilmu *ushul al-fiqh* dengan ilmu perbandingan madzhab dan hukum serta penalaran induktif dan penelitian empirik yang disumbangkan oleh para pakar dan saintis untuk menarik kesimpulan hukum atau *istinbath al-ahkam.* Dari penalaran induktif dan penelitian empirik ini penerapannya digeneralisasikan menjadi norma hukum yang berlaku secara umum.

Hukum Islam senantiasa ada dalam hukum nasional baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis berupa nilai-nilai hukum yang Islami dalam berbagai lapangan kehidupan hukum dan praktek hukum. Transformasi yang sudah diberikan hukum Islam terhadap hukum nasional berupa Undang-undang, Peraturan Pemerintah dan Intruksi Presiden seperti telah dikemukakan,

---

[64] Juhaya S Praja, *Filsafat dan Metodologi hukum Islam dalm Pembinaan Sistem Hukum Nasional*, Disampaikan dalam Kuliah Umum Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia (UII) Yogyakarta, 20 September 2003, hal. 3-4.

[65] *Ibid.*, hal. 14-15.

membuktikan bahwa hukum Islam punya kekuatan dan kemampuan dalam berintegrasi dengan hukum nasional.

Aspek kekuatan ini menjadi semakin kokoh karena didukung oleh Pancasila, yang sila-silanya merupakan norma dasar atau norma tertinggi bagi berlakunya semua norma hukum dasar negara dan telah mendudukkan agama pada posisi yang fundamental, serta memasukkan ajaran agama dan hukumnya dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Dengan demikian, hukum Islam yang merupakan bagian dari ajaran agama anutan mayoritas penduduk Indonesia menempati dan memiliki peluang besar untuk mewarnai hukum nasional.

Melihat kemajemukan Indonesia, dan juga tercermin dalam kemajemukan masyarakat Islam Indonesia, baik etnis, budaya dan lainnya. Akibatnya tidak semua masalah hukum Islam bisa diunifikasi, melainkan harus lebih dulu dipilah, mana yang sudah dapat diunifikasi dan mana yang belum. Keberatan masyarakat non Islam atas pemberlakuan (penjiwaan) hukum Islam pada hukum nasional. Dampaknya, secara politis belum pernah terjadi adanya *political will* yang kuat dari penguasa untuk memperlakukan hukum Islam (terutama dalam bidang hukum pidana)[66] secara nasional.

Melihat dan kemudian mempertimbangkan hal seperti tersebut di atas, maka dihadapkan kepada persoalan " hukum Islam dalam perspektif pembentukan budaya hukum di masa datang". Memasalahkan budaya hukum Islam, maka kita dihadapkan pada dua kemungkinan yaitu: (a) mengenai hukum positif Islam, sehingga kita terbatas memasalahkan hukum yang berlaku bagi mereka yang

---

[66] Abd. Salam, "Hukum Islam di Indonesia: Pelembagaan, Pembaharuan dan Prospek Transformasinya," *Mimbar Hukum No. 64 Thn XV 2004*, hal. 13.

beragama Islam, atau (b) mengenai nilai-nilai hukum Islam, yang akan dapat berlaku bagi seluruh warga negara bahkan mungkin seluruh penduduk termasuk yang bukan warga negara. Kedua alternatif ini dapat mempengaruhi pembentukan hukum nasional di masa yang akan datang.[67]

Alternatiif pertama ialah hukum positif Islam (dalam arti tertulis) yang terlegalitas dalam Kompilasi hukum Islam dan atau di peraturan perundang-undangan yang lain. Kelembagaan yang digunakan ialah lembaga Pengadilan Agama untuk menegakkan hukum positif Islam yang menjadi hukum materiil atau hukum terapan Peradilan Agama. Bekerjanya hukum positif Islam ini melalui proses dan tahapan yang merupakan satu kesatuan dan direncanakan secara rasional dan sistematis melalui tahap formulasi (pembuatan perundang-undangan oleh lembaga legislatif), tahap aplikasi (penerapan perundang-undangan melalui putusan oleh hakim pengadilan), dan tahap eksekusi (pelaksanaan putusan pengadilan oleh aparat eksekusi).

Sebagai alternatif kedua ialah dari hukum positif Islam yang bersumber dari nilai-nilai agama Islam, kita tarik asas-asas yang kemudian dituangkan ke dalam hukum nasional. Dengan cara demikian maka pembudayaan hukum Islam tidak saja terjadi di bidang hukum perdata khususnya hukum keluarga, melainkan dapat juga di bidang-bidang lain dari pada hukum perdata, bahkan juga hukum pidana, hukum tata negara, hukum administrasi negara dan seterusnya. Dengan

---

[67] Padmo Wahjono, "Budaya Hukum Islam dalam Perspektif Pembentukan Hukum di Masa datang," *Mimbar Hukum No. 3 Thn II 1991*, hal. 1.

orientasi ini, maka hukum Islam akan benar-benar menjadi sumber hukum nasional.[68]

Alternatif kedua akan lebih ideal kerena menarik nilai-nilai *(values)* dari suatu peraturan (hukum positif) masa yang lampau untuk mendapatkan asas-asas yang kemudian dirumuskan sebagai peraturan *(induktif)* bagi semua warga negara, atau ditarik langsung nilai-nilai kehidupan dari al-Qur'an, kemudian dijabarkan dalam asas dan peraturan dagi semua warga negara *(deduktif)*. Apabila ditinjau masalah pembudayaan hukum Islam dalam kaitannya dengan pembentukan hukum di masa yang akan datang serta ragam politik hukum yang akan mendasarinya serta suatu kerangka teori, dan apabila hal ini dikaitkkan dengan *"struktur"* suatu sitem hukum, maka menjadi relevan dipahaminya teori tentang pertingkatan hukum *(stufenbau des rechts hierarchie hukum)*. Hukum harus dapat dikembalikan kepada hukum yang lebih tinggi kedudukannya. Dengan demikian akan didapatkan pertingkatan sebagai berikut: (1) adanya cita hukum (*rechtsidee*) yang merupakan norma yang abtrak; (2) ada norma antara (*tussen norm, generelle norm, law in books*) yang dipakai sebagai perantara untuk mencapai cita-cita hukum; dan (3) ada norma kongktrit (*contrete norm*) yang dinikmati orang sebagai hasil penerapan norma antara atau penegakannya di penggadilan.[69]

Apabila teori pertingkatan hukum ini diterapkan pada permasalahan hukum Islam sebagai sumber hukum nasional di masa yang akan datang, maka gambaran pertingkatan hukumnya adalah sebagai berikut: (a) norma abstrak,

---

[68] *Ibid.*, hal. 5.
[69] *Ibid.*, hal. 8.

berupa nilai-nilai di dalam kitab suci al-Qur'an (universal dan abadi serat tidak boleh diubah manusia), (b) norma antara, berupa asas-asas (*principles*) serta pengaturan, hasil kreasi manusia sesuai situasi, kondisi, budaya dan kurun waktu, muncul sebagai peraturan negara, pendapat ulama, pakar/ilmuwan, kebiasaan, dan (c) norma kongkrit, berupa semua (hasil) penerapan dan pelayanan hukum kreasi manusia bukan Nabi, serta hasil penegakan hukum di pengadilan (hukum positif, *living law*). Secara ringkas dapat dirumuskan sebagai berikut: (1) nilai-nilai Islam; (2) asas-asas dan penuangannya ke dalam hukum nasional; dan (3) terapannya di dalam hukum positif serta penegakannya.

Transformasi hukum Islam sebagai *ius constituendum* dalam hukum nasional sebagai *ius constitutum* telah lama diperjuangkan oleh para ulama sebelum abad ke XX,[70] yaitu menstranformasikan hukum Islam ke dalam hukum Adat, melalui dua cara: (1) membiarkan tetap berlakunya hukum Adat sepanjang tidak bertentangan dengan hukum Islam, dengan disertai mengganti bahasa hukum adat dengan hukum Islam, dan (2) dengan mengganti lembaga hukum Adat yang bersangkutan dengan hukum Islam dengan lembaga hukum Islam yang sejenis, atau menggantinya dengan lembaga hukum Islam lain melalui teknik *hilah*. Para ulama Indonesia sesudah abad ke XX mentransformasikan hukum Islam ke dalam legislasi hukum nasional, dengan menggunakan teknik: (1) *takhshishu al-qadha*, (2) *takhayyur atau talfiq*, (3) *reinterpretasi*, (4) *siyasah syar'iyyah*, dan (5) keputusan pengadilan.[71]

---

[70] Taufiq, "Transformasi Hukum Islam ke dalam Legislasi Nasional," *Mimbar Hukum No. 49 Thn. XI 2000*, hal. 24.

[71] *Ibid.*, hal. 25.

Takhshis al-qadla, yaitu menentukan hak negara untuk memberikan kewenangan peradilan baik dari segi orang, wilayah, yurisdiksinya, dan hukum acara yang diterapkan. Negara dapat mengambil kebijaksanaan prosedural untuk memberikan kepada peradilan agar tidak menerapkan ketentuan hukum keluarga dalam situasi tertentu, tanpa berusaha untuk merubah substansi hukum Islam tersebut. *Takhayyur*, yaitu memilih ajaran-ajaran fikih selain dari madzhab mayoritas masyarakat, apabila pendapat tersebut lebih sesuai dengan perkembangan masyarakat dari pada ajaran madzhab yang dianut mayoritas masyarakat tersebut. Teknik ini dikenal juga teknik *talfiq*, yaitu menggabungkan beberapa ajaran madzhab yang berbeda. Reinterpretasi, yaitu melakukan interpretasi baru terhadap ayat-ayat al-Qur'an dan al-Hadis berkenaan dengan perubahan sosial. *Siyasah syar'iyyah*, yaitu kebijakan penguasa untuk menerapkan peraturan yang bermanfaat dan tidak bertentangan dengan syari'ah.

Sampai saat ini dapat dilihat, bahwa politik hukum pemerintah terhadap hukum Islam tampak lebih jelas, sebab salah satu asas dalam pembangunan, termasuk pembangunan hukum adalah keimanan dan ketaqwaan terhadap Tuhan Yang Maha Esa. Bahwa segala usaha dan kegiatan pembangunan nasional, dijiwai, digerakkan dan dikendalikan oleh keimanan dan ketaqwaan terhadap Tuhan Yang Maha Esa sebagai nilai luhur yang menjadi landasan spiritual, moral dan etik dalam rangka pembangunan nasional sebagai pengamalan Pancasila. Disamping itu dalam pembentukan hukum perlu diindahkkan ketentuan yang memenuhi nilai filosofis yang berintikan rasa keadilan dan kebenaran, nilai sosiologis yang sesuai dengan tata nilai budaya yang berlaku di masyarakat, dan

nilai yuriidis yang sesuai denga ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Maka dalam pembentukan hukum di masa mendatang, syari'ah merupakan pengendali, dan sebagai nilai luhur yang menjadi landasan spiritual, moral, dan etik.[72]

Dari penjelasan di atas telah dikemukakan bahwa dalam pembangunan hukum masa datang, syari'ah merupakan pengendali dan landasan spiritual, moral dan etik. Dengan demikian secara konstitusional umat Islam mempunyai peluang untuk mentransformasikan syari'ah (hukum Islam) menjadi hukum nasional (hukum positif) melalui lembaga legislatif, serta melalui lembaga yudikatif. Menurut ilmu hukum untuk mentransformasikan hukum Islam menjadi hukum nasional, diperlukan tiga kegiatan. Pertama, menggali nilai-nilai Islam dari al-Qur'an dan Sunnah. Kedua, mensarikan asass-asas hukum Islam dan penuangannya ke dalam hukum nasional, dan ketiga, penerapannya ke dalam hukum positif dan penegakannya.[73]

Di Indonesia kekuasaan kehakiman diatur dalam Undang-undang Dasar 1945 Pasal 24 dan Pasal 25. Pasal 24 ayat (1) berbunyi "Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung da lain-lain badan kehakiman menurut undang-undang. Dan, pada ayat (2) dinyatakan, "susunan dan kekuasaan badan-badan kehakiman itu diatur dengan undang-undang". Undang-undang organik selanjutnya yang menjabarkan Pasal 24 dan Pasal 25 Undang-undang Dassar 1945 tersebut adalah Undang-undang No. 14 Tahun 1970 Tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman yang diperbaharui dengan Undang-undang No. 4

[72] Taufiq, "Kebijakan-kebijakan Politik Pemerintah Orde Baru mengenai Hukum Islam (Sejarah dan Perkembangannya)," *Mimbar Hukum No. 32 Thn VIII 1997*, hal. 21.
[73] *Ibid.*, hal. 21.

tahun 2004 tentang Kekuasaan kehakiman dan diperbaharui dengan Undang-undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, menentukan adanya empat lingkungan peradilan termasuk di dalamnya Peradilan Agama, yang diatur dalam Undang-undang RI No. 7 Tahun 1989 dan perubahannya dalam Undang-undang Nomor 3 tahun 2006 serta perubahannya dalam Undang-undang No. 50 Tahun 2009 tentang Perubahan atas Undang-undang No. 7 tahun 1989 dan perubahan atas Undang-undang No. 3 tahun 2006 tentang Peradilan Agama.

Adapun ruang lingkup kewenangan Peradilan Agama (UU. No. 7 Tahun 1989) adalah sebagai berikut:

1. Peradilan Agama adalah peradilan bagi orang-orang yang beragama Islam (Pasal 1 ayat (1). Ketentuan ini dirumuskan selengkapnya dalam Pasal 2, yaitu "Peradilan Agama merupakan salah satu pelaksana kekuasaan bagi pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara perdata tertentu yang diatur dalam undang-undang ini". Dengan demikian, kewenangan absolut dari Peradilan Agama memiliki dua ukuran, yaitu asas personalitas (pencari keadilan yang beragama Islam) dan asas bidang hukum perdata tertentu yang diatur pasal 49 sampai dengan Pasal 53.
2. pasal 49 adalah pasal yang menentukan kewenangan Peradilan Agama secara mutlak, yang berarti bidang-bidang hukum perdata yang tercantum dalam pasal tersebut menjadi wewenang mutlak (kompetensi absolut) Peradilan Agama. Pasal 49 ayat (1) berbunyi: Peradilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara-perkara di tingkat pertama antara orang-orang beragama Islam di bidang (a) perkawinan, (b) kewarisan,

wasiat, dan hibah, yang dilakukan berdasarkan hukum Islam, dan (c) wakaf dan shadaqah. Ayat (2) Bidang perkawinan sebagaimana yang dimaksud dalam ayat (1) huruf (a) ialah hal-hal yang diatur dalam atau berdasarkan Undang-undang mengenai perkawinan yang berlaku. Ayat (3) Bidang kewarisan sebagaimana yang dalam ayat (1) huruf (b) ialah penentuan siapa-siapa yang menjadi ahli waris, penentuan mengenai harta peninggalan, penentuan bagian-masing-masing ahli waris, dan melaksanakan pembagian harta peninggalan tersebut, disamping penambahan wewenanng absolud tentang sengketa ekonomi syari'ah yang diatur dalam Undang-undang Nomor 3 Tahun 2006.

Adapun hukum Islam yang berlaku secara yuridis formal sebagai pegangan hakim Peradilan Agama adalah Kompilasi Hukum Islam (Instruksi Presiden No. 1 tahun 1991) tanggal 10 Juni 1991 yang ditujukan kepada Menteri Agama untuk menyebarluaskannya. Adapun Kompilasi Hukum Islam terdiri dari (a) Buku I tentang Hukum Perkawinan, (b) Buku II tentang Hukum Kewarisan, (c) Buku III tentang Hukum Perwakafan.

Berdasarkan Instruksi Presidden No. 1 Tahun 1991, Menteri Agama pada tanggal 22 Juni 1991 telah menetapkan Keputusan Menteri Agama No. 154 Tahun 1991 tentang pelaksanaan Instruksi Presiden No.1 tahun 1991 tanggal 10 juni 1991 di atas.

Pengembangan hukum Islam yang menjadi wewenang Peradilan Agama khususnya hukum kewarisan sangat dimungkinkan dalam Kompilasi Hukum Islam (Inpres RI No. 1 Tahun 1991). Intruksi Presiden dimaksud bersifat terbuka

untuk dikembangkan, sesuai dengan perkembangan zaman dan pemenuhan kebutuhan umat Islam Indonesia. Dorongan pengembangan hukum Islam itu dapat dilihat dalam Kompilasi Hukum Islam (Inprs RI No. 1 Tahun 1991) Pasal 229 yang dinyatakan: "Hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya, wajib memperhatikan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan."

Pengembangan hukum materiil Peradilan Agama itu sangat penting. Ini berarti melengkapi apa yang belum ada dalam kompilasi itu dan menyempurnakan apa yang sudah ada di dalamnya, disamping pembaharuan dengan peningkatan kualitas pembentukan hukum melalui yurisprudensi tetap Peradilan Agama. Yang tetap terjadi karena rentetan keputusan atau beberapa keputusan yang sama, disebut (dalam bahasa Belanda) *standaardarresten*, yaitu keputusan yang dijadikan ukuran dan dasar bagi peradilan untuk memutus perkara yang sama.[74]

Peraturan perundang-undangan, biasanya hanya menentukan yang bersifat umum saja, sedang pertimbangan hal-hal yang kongkrit diserahkan kepada hakim. Ini berarti bahan dalam hukum dan atau peraturan perundang-undangan ada ruang kosong yang dapat diisi oleh hakim. Cara mengisinya dapat dilakukan dengan konstruksi, yakni pembuatan pengertian hukum (baru) yang sesuai dengan hukum yang bersangkutan.[75] Untuk itu dibutuhkan suatu metodologi (cara) yang dipergunakan dalam pengembangan hukum untuk mengisi kekosongan hukum itu dengan melakukan konstruksi, yaitu mempergunakan akal secara logis dan sistematis, dan konstruksi itu biasanya

---

[74] Mohammad Daud Ali, "Pengembangan Hukum Materiil Peradilan," *op. cit.*, hal. 41.
[75] *Ibid.*, hal. 41.

dilakukan oleh hakim kalau ia harus menjalankan hukum atau perundang-undangan secara berikut:[76] (1) analogi (*qiyas*), menyamakan hukumnya sesuatu yang belum ada hukumnya dengan sesuatu yang sudah ada hukumnya dengan persamaan *illah* (alasan) hukum. Perlu diingat bahwa tidak semua bidang hukum dapat dilaksanakan dengan analogi, (2) penghalusan hukum (*rechtsverpijning*). Untuk mencapai keadilan, kadangkala hakim tidak menjalankan suatu ketentuan walaupun ketentuan itu menyebut dengan jelas soal yang harus diselesaikan. Untuk itu, ia membuat aturan sendiri sebab kalau peraturan yang ada itu dijalankan, keadilan tidak akan terwujud, (3) *argumentum a contrario*, metode ini mengatakan bahwa kalau undang-undang memuat ketentuan khusus untuk hal-hal yang dengan tegas disebut di dalamnya, ketentuan itu hanya berlaku untuk hal-hal itu saja, untuk hal-hal lain berlaku sebaliknya.

Studi tentang ijtihad hakim Peradilan Agama dalam pengembangan Kompilasi Hukum Islam khususnya "bidang hukum kewarisan" sangat signifikan karena berkaitan dengan "hukum kasus" yang dihadapi para hakim agama. Maka berkaitan dengan penelitian disertasi ini saya namakan: "Teori Hukum Kasus". Hukum yang akan diputus / ditetapkan oleh hakim masih dalam proses pembuatan, masih dicari. Pencarian tersebut melalui fakta-fakta dan peristiwa-peristiwa, yang setelah terbukti dengan alat bukti yang sah barulah ditemukan dalam bentuk putusan / penetapan itu sendiri untuk kekuatan pastinya masih harus menunggu sampai ia mempunyai kekuatan hukum yang tepat (*inkracht*).

---

[76] *Ibid.*, hal. 41 – 42.

Fakta dan peristiwa yang melatarbelakangi sengketa/perkara, yang harus dibuktikan di pengadilan Agama, adalah suatu yang telah terjadi, lalu hakim, setelah memperhatikan segala keterkaitan hubungannya mencarikan hukum yang paling tepat untuk kasus tersebut. Jadi tegasnya, hukum yang berlaku di pengadilan adalah hukum kasus, bukan hukum dalam fungsi mengatur. "Hukum Kasus" dibedakan dengan "Hukum dalam Fungsi Mengatur", karena hukum dalam fungsi mengatur bersifat netral, lepas dari konteks fakta dan peristiwa.

Hukum kasus diistilahkan dengan *ahkam nafs al-waqi'* atau *ahkam da'wa al-waqi'*, sedangkan hukum dalam fungsi mengatur diistilahkan dengan *ahkam hifz al-huquq*. Hukum kasus adalah untuk sengketa / perkara, sedangkan hukum dalam fungsi mengatur adalah hukum di luar sengketa. Adapun cara menemukan hukum material atas kasus di pengadilan, yakni melalui hukum acara atau pembuktian, dinamakan *turuq al-hukm*, sedangkan cara menemukan hukum material di luar kasus perkara di pengadilan dinamakan *hifz al-huquq*.[77]

Dalam praktek Peradilan Agama, dalam melihat kasus yang beragam, lebih-lebih yang bersifat komulasi (hal mana sesuai dengan gugatan atau permohonan yang diajukan oleh pencari keadilan), maka pertama-tama hakim akan mendudukkan dahulu pokok perkaranya atau kasusnya (*case position atau nafs al-waqi' atau da'wa al-waqi'*). Setelah itu hakim akan melihat bagaimana hukum materiilnya (Seperti Kompilasi Hukum Islam dalam bidang hukum kewarisan) yang relevan, yang bersifat umum atau khusus, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis, untuk diukur kepada kasus tersebut. Kemudian hakim

---

[77] Roihan A. Rasyid, " hukum Kasus dan Hukum dalam Fungsi Mengatur (Terapannya di Pengadilan Agama)," *Mimbar Hukum No. 19 Thn. VI 1995*, hal. 15.

akan menarik kesimpulan sesuai dengan bukti-bukti yang diajukan dan cocok dengan kasus tersebut. Akan tetapi dalam kasus yang bersifat komulasi hukum yang persis sesuai dengan kasus itu " jarang ditemukan ", yang dengan sendirinya membawa konsekuensi pula di segi pembuktiannya. Di sini letak kesulitan dan tanggung jawab hakim dalam menghubungkan fakta-fakta atau peristiwa, mendudukkan kasusnya serta mempergunakan pembuktian dan hukum yang relevan. Untuk itu dapat dikatakan bahwa hakim itu: "*'am an-nazari wa khas al-'amali*".[78] Dari sini dapat dinyatakan bahwa penerapan hukum kasus di Pengadilan Agama ternyata memerlukan wawasan hukum Islam yang sangat luas, tidak dan belum mencukupi dengan hanya menguasai hukum materiil Islam dalam perundang-undangan. Tanpa itu, menemukan hukum materiil dalam kasus besar kemungkinan tidak mencerminkan keadilan hukum menurut Islam.[79]

Pembicaraan tentang pembentukan atau pengembangan hukum yang dalam istilah usul fikih disebut ijtihad berkaitan erat dengan perubahan-perubahan sosial yang berlangsung dalam kehidupan masyarakat. Secara umum ijtihad itu dapat dikatakan suatu upaya berpikir secara optimal dalam menggali hukum Islam dari sumbernya untuk memperoleh jawaban terhadap permasalahan hukum yang muncul dalam masyarakat.[80]

Islam adalah agama terakhir bagi umat manusia, setelah Nabi Muhammad SAW. tidak ada lagi rasul yang diutus dan tidak ada pula ada wahyu yang diturunkan untuk mengatur manusia. Allah Maha Bijaksana dan Maha

---

[78] *Ibid.*, hal. 17.
[79] *Ibid.*, hal. 25.
[80] Asfri Jaya Bakti, *Konsep Maqasid al-Syari'ah menurut Al-Syatibi dan Relevansinya dengan Ijtihad Hukum Dewasa ini*, (Jakarta: Program Pascasarjana IAIN Syarif Hidayatullah, 1994), hal. 1.

Mengetahui watak dan kebuhan manusia ciptaan-Nya yang bersifat dinamis, realistis dan berkembang. Hal ini mengandung pengertian bahwa Islam yang telah dinyatakan sempurna di akhir hayat Rasulullah itu , benar-benar agama yang memiliki dinamika yang amat tinggi, yang mampu menampung segala macam persoalan yang ditimbulkan oleh perubahan dan perkembangan zaman. Dengan itu ajaran Islam dapat berlaku sepanjang masa dan perkembangan sosial,[81] di sinilah terletak posisi penting dan relevansinya hakikat ijtihad.

Sejalan dengan itu, seorang ulama besar pendiri mazhab, Imam Syafi'i r.a pernah mengumandangkan prinsip tersebut dalam karyanya yang terkenal *Ar-risalah*, bahwa tiap-tiap peristiwa yang terjadi pada diri seorang muslim pasti akan didapati hukumnya dalam wahyu Allah.[82] Persoalannya adalah, bahwa wahyu sebagai sumber hukum itu, baik yang termaktub dalam al-Qur'an, maupun yang berupa al-Hadts sangat terbatas jumlahnya. Dari jumlah yang terbatas itu, khususnya yang menyangkut bidang ibadah hanyalah pokok-pokoknya saja, namun lelah dirinci oleh Rasulullah dalam Sunnah-Nya. Adapun bidang mu'amalah hanya sebagian kecil yang disebutkan secara tegas dan rinci, kebanyakan berupa prinsip-prinsip dasar secara singkat yang dalam pelaksanaannya memerlukan aturan tambahan dan ada pula yang dalam bentuk teks-teks yang tidak jelas

Andaikata al-Qur'an dan Sunnah secara tegas dan rinci mencakup seluruh permasalahan, disamping sulit digambarkan adanya, juga akan membuat hukum Islam menjadi kaku dan mudah ketinggalan zaman. Oleh karena itu,

---

[81] Satria Effendi M. Zein, "Ijtihad dan Hakim Peradilan Agama," *Mimbar Hukum No. 10 Thn. IV 1993*, hal. 41.

[82] *Ibid.*, hal. 41.

kondisi sumber hukum seperti demikian adalah suatu karunia yang sangat menguntungkan umat manusia. Yang perlu disadari adalah, bahwa tugas untuk menggali dan mengembangkannya selanjutnya adalah terletak pada diri manusia pemeluknya. Pelimpahan wewenang itu, merupakan suatu pemberian yang amat berharga, karena dengan itu berarti umat manusia lewat kerja sungguh-sungguh atau ijtihadnya dilibatkan dalam menentukan tatanan hidupnya. Dari sinilah terlihat dengan jelas urgensi ijtihad dalam hukum Islam.[83]

Relevansi pengkajian studi ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum Islam ini menjadi *urgen*, karena permasalahan hukum / perkara yang diajukan kepada hakim selalu berkembang, walaupun perkaranya sama, tetapi nuansanya berbeda, alasan hukum dan perubahan waktu dan tempat berbeda pula. Seorang hakim dalam menghadapi persoalan hukum yang demikian itu ia harus menguasai dua bentuk ijtihad, yaitu: (1) ijtihad menyimpulkan hukum dari sumbernya, yang disebut *"ijtihad istinbati"*, dan (2) ijtihad dalam penerapan hukum, yang disebut *"ijtihad tatbiqi"*.

Dengan *ijtihad istinbati* seorang *mujtahid* mampu menarik rumusan fikih, baik dari ayat al-Qur'an maupun Hadis yang pada kenyataannya memerlukan daya pikiran (ijtihad) untuk memahaminya, maupun dari prinsip-prinsip atau tujuan umum *syari'at* Islam. Lapangan ijtihad bentuk ini meliputi masalah-masalah yang secara khusus tidak terdapat dalam al-Qur'an dan Sunnah, dan masalah-masalah yang terdapat dalam kedua sumber tersebut, namun memahaminya membutuhkan alat Bantu untuk pemikiran. Ijtihad seperti inilah

---

[83] *Ibid.*, hal. 42.

yang pernah dilakukan oleh para *mujtahid* dimasa silam. Terbentuknya *mazhab* fikih adalah hasil ijtihad bentuk ini. Kemudian, rumusan hukum fikih yang dihasilkan ijtihad itu, pada gilirannya diterapkan kepada suatu masalah secara kongkrit. Usaha penerapan hukum ini, perlu pula kepada satu bentuk ijtihad, yaitu *ijtihad tatbiqi.*

Ijtihad tatbiqi berkaitan dengan bentuk penelitian secara cermat terhadap suatu masalah di mana hukum hendak diterapkan. Ijtihad bentuk ini diperlukan, untuk menghindari kekeliruan dalam penerapan hukum. Tegasnya, untuk menerapkan hukum pada suatu masalah, lebih dahulu lewat *ijtihad istinbati.* Kandungan ayat atau hadis perlu dipahami secara teliti, baik mengenai bentuk hukum, maupun mengenai tujuan, setelah itu melalui *ijtihad tatbiqi*, perlu pula secara teliti mengetahui permasalahan di mana hukum hendak diterapkan. Mengenai *ijtihad tatbiqi* tidak pernah terputus sepanjang masa, selama umat Islam masih bertekat baik untuk menerapkan ajaran Islam ke dalam kehidupan. Adapun yang menjadi bahan penelitian pada *ijtihad tatbiqi* adalah tempat penerapan hukum, yaitu manusia dengan segala ihwalnya yang notabene selalu berubah dan berkembang.[84]

Tugas pokok seorang hakim adalah memutus / menetapkan hukum pada suatu perkara secara mengikat untuk menyelesaikan sengketa. Untuk itu dapat dipahami bahwa pada diri seorang hakim harus terdapat pada dua kemampuan, yaitu kemampuan untuk menguasai hukum yang berkaitan dengan *ijtihad istinbati*, dan kemampuan untuk menerapkannya (*ijtihad tatbiqi*). Penguasaan

---

[84] *Ibid.*, hal. 43.

hukum bagi seorang hakim merupakan syarat mutlak yang harus dibuktikan. Adapun yang dimaksud dengan penguasaan hukum, adalah meliputi penguasaan terhadap hukum Islam yang secara eksplisit tercantum dalam Kompilasi Hukum Islam dan kemampuan berijtihad untuk mengembangkannya terhadap suatu kasus yang diajukannya, walaupun kasus sama dimungkinkan nuansanya berbeda.

Walaupun para hakim telah dibekali undang-undang, atau Kompilasi Hukum Islam sebagai pedoman, kemampuan ijtihad tetap menjadi kebutuhan baginya. Nampaknya para ahli hukum yang membuat persyaratan ini menyadari, bahwa bagaimanapun diangggap lengkapnya sebuah buku undang-undang, namun tetap dianggap tidak bisa mengakomodir secara ekplisit segala persoalan yang dihadapi seorang hakim. Seorang hakim harus mampu menyelesaikan segala persoalan yang diangkat kepadanya. Artinya seorang hakim tidak boleh menolak suatu perkara dengan alasan tidak didapati hukumnya.

Bila merujuk kepada karya Abu zahrah (*Ushul Fiqh*), ijtihad terbagi empat macam, yaitu (1) *ijtihad mustaqil*, yaitu ijtihad yang dilakukan seseorang yang mempunyai metodologi tersendiri dan mandiri dalam memproduk hukum, seperti Imam Abu Hanifah, Imam Malik, Imamm Syafi'i, dan Ahmad bin Hambal, (2) *ijtihad muntasib*, yaitu *mujtahid* yang dalam berijtihad mengacu kepada metode Imam mazhab tertentu, kendatipun dalam produk hukum tidak mesti sama, (3) *ijtihad tarjih*, yaitu berijtihad dalam bentuk membandingkan mazhab-mazhab yang telah ada, pendapat mana yang dinilai paling kuat dalilnya dan dapat dipakai, (4) *ijtihad fil mazhhab*, yaitu berijtihad dalam masalah-masalah baru yang hukumnya tidak terdapat dalam *fatwa-fatwa mazhab* yang telah

tersedia. Artinya, ia tetap terikat dengan *fatwa-fatwa mazhab*, namun dengan kemampuan ijtihadnya ia juga mampu memecahkan masalah-masalah baru yang hukumnya belum terdapat dalam *fatwa-fatwa mazhab*.[85]

Dari keempat tingkatan ijtihad tersebut, yang relevan dengan tugas hakim Peradilan Agama dalam kondisi sekarang ini adalah ijtihad dalam bentuk ketiga dan keempat. Ijtihad dalam bentuk ketiga, yaitu ijtihad *tarjih*, diperlukan pada pengadilan yang belum mempunyai kitab undang-undang dalam arti masih berpedoman kepada berbagai macam kitab fikih, seperti di Pengadilan Agama di Indonesia sebelum tersusunnya Kompilasi Hukum Islam (KHI). Hakim pada pengadilan dalam kondisi tersebut dituntut kemampuannya untuk *mentarjih* pendapat mana di antara pendapat-pendapat yang tersedia untuk diterapkan. *Mentarjih* atau memilih suatu pendapat, bukan saja didasarkan atas kuatnya dalil, tetapi yang paling diutamakan adalah pendapat mana yang lebih cocok dan lebih mendatangkan *maslahat* dalam menyelesaikan suatu perkara.

Adapun ijtihad dalam bentuk keempat, yaitu *ijtihad fil mazhab*, seperti halnya diperlukan pada pengadilan di mana hakim telah dibekali dengan buku pedoman khusus, seperti Kompilasi Hukum Islam di Indonesia. Inti ijtihad dalam bentuk ini adalah kemampuan untuk menafsirkan dan mengembangkan hukum yang sudah tersedia. Dengan kemampuan ijtihad seperti ini diharapkan seorang hakim tidak akan kehilangan akal dalam menghadapi berbagai perkara, yang bisa jadi pada suatu kasus secara ekplisit hukumnya tidak tersebut dalam Kompilasi Hukum Islam.

---

[85] *Ibid.*, hal 47.

Usaha pengembangan hukum dalam undang-undang bisa disebut dengan: *"tahrijul ahkam 'ala nashshil qanun"*, yakni pengembangan hukum berdasarkan teks undang-undang.[86] Metode yang digunakan antara lain dengan analogi (*qiyas*) dalam arti, bilamana permasalahannya sama, maka hukumnya dapat disamakan pula. Pada analogi bentuk ini, yang akan dijadikan *maqis 'alaih* (asal tempat mengiyaskan) bukan hanya teks al-Qur'an dan Hadis, tetapi juga teks hukum yang terdapat dalam Kompilasi Hukum Islam yang pada hakikatnya juga disimpulkan dari al-Qur'an dan Sunnah. Untuk mencapai kemampuan ini, perlu penguasaan terhadap metodologi hukum Islam, seperti *ushul fiqh* dan *qawa'id fiqhiyah*. Dengan penguasaan bidang ini, hakim akan menemukan berbagai metode lain untuk penafsiran mengembangan prinsip hukum.

Setidaknya dengan demikian para hakim akan mendapat gambaran jalan pikiran bagaimana menafsirkan dan mengembangkan suatu prinsip hukum, disamping tidak tertutup kemungkinan akan ditemukan rumusan hukum yang cocok dengan suatu perkara, yang belum tercantum dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI). Yang perlu disadari adalah bahwa untuk menelusuri jalan pikiran para *mujtahid* dalam menafsirkan dan mengembangkan hukum memerlukan kemampuan intelektual yang terkait langsung dengan kemampuan berijtihad.

Ijtihad tatbiqi adalah menyangkut penerapan hukum. *Mujtahid* bidang ini, setelah betul-betul mengetahui hukum bentuk *syar'i*, selanjutnya harus mampu menerapkan secara benar pada suatu kasus yang dihadapi. Di sini yang diperlukan adalah, kemampuan seorang dalam melihat suatu kasus, bentuk

---

[86] *Ibid.*, hal. 48.

hukum yang bagaimana yang cocok untuk diterapkan, sehingga luas jangkauan ijtihad bentuk ini, yang tentu saja berat atau ringannya ijtihad yang perlu dilakukan tergantung kepada berat dan ringannya kasus yang akan diselesaikan. Namun yang perlu digaris bawai adalah, bahwa ijtihad bentuk ini menyangkut dengan "pengamalan *syari'at* Islam" ke dalam kehidupan kongkrit. Untuk itu ijtihad bentuk ini tetap relevan sepanjang waktu, selama umat Islam hendak mengamalkan agamanya.

Dengan demikian, *ijtihad tatbiqi* berkaitan langsung dengan tugas seorang hakim, hakim sebagai penerap hukum, tidak cukup dengan penguasaan hukum belaka, tetapi juga mempunyai kemampuan untuk menerapkannya secara benar, atau dengan kata lain penguasaan hukum dan ketajaman pandangan seorang hakim dalam melihat suatu kasus dan latar belakang kasus itu.

Ijtihad hakim mengenai pengembangan hukum dari teks atau pedoman hukum yang ada perlu dilakukan, dan ini merupakan amanah Pasal 229 Kompilasi Hukum Islam, yang dinyatakan: Hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya wajib memperhatikan nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan".Ini merupakan dorongan kepada hakim agama untuk mengembangkan hukum Islam yang memjadi wewenang absolud Peradilan Agama dalam berijtihad, berupa: (1) melengkapi hukum yang belum ada dan menyempurnakan hukum (undang-undang) yang sudah ada, (2) undang-undang menentukan hal-hal yang umum, sedangkan pertimbangan hal-hal yang kongkrit diserahkan kepada hakim untuk

mengembangkan hukumnya, dan (3) ada kekosongan hukum yang harus diisi oleh hakim.

Di atas sudah dijelaskan bahwa hakim dalam menghadapi perkara yang diajukan kepadanya ditemukan perkara yang sama, tetapi nuansa maupun substansinya tidak sama, sebab berlainan subyek, kondisi maupun obyek dan subyek yang melatar belakangi tidak sama. Dari dua bentuk ijtihad hakim Peradilan Agama di atas secara ringkas dapat disimpulkan, bahwa (1) *ijtihad istinbati*, itu berkenaan dengan (a) penguasaan hukum secara tekstual, (b) upaya untuk meneliti *illah* (alasan hukum) yang terkandung dalam *nash* atau hukum tekstual itu, (c) lalu menggali apa ide yang terkandung dalam *nash* atau hukum tekstual itu, (d) obyek kajiannya adalah *nash* atau hukum tekstual itu, dan (e) penguasaan hukum Islam secara eksplisit. (2) *Ijtihad Tatbiqi*, itu berkenaan dengan (a) hukum hendak diterapkan sesuai dengan *ide* yang terkandung dalam *nash* atau hukum tekstual itu, (b) penyangkut persoalan penerapan hukum dalam kasus yang kongkrit, (c) menerapkan *ide* yang terkandung dalam *nash* atau hukum tekstual itu, (d) obyek kajian dalam ijtihad ini adalah manusia dan dinamikanya, dan (e) menyimpulkan semangat / spirit */ruh* nilai hukum dalam *nash* atau hukum tekstual itu.[87]

Kajian teoritis selanjutnya berkenaan dengan: Pengembangan Hukum Waris dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI). Kompilasi Hukum Islam dalam Buku II tentang Hukum Kewarisan. Hukum Kewarisan dalam Kompilasi hukum Islam (KHI) itu bersifat mengatur yang sifatnya deduktif, tekstual dan normatif.

---

[87] Asfari Jaya Bakti, *op. cit.*, hal. 74.

Sedangkan "perkara kewarisan" yang diajukan kepada hakim agama bersifat "kasuistis", induktif, kontekstual dan empiris, yang disebut: "Hukum Kasus". Berkaitan dengan hukum kasus di atas Pasal 229 KHI mengamanatkan bahwa, " Hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya, wajib memperhatikan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan".

Hukum waris secara tekstual dipahami *qath'iyah* (*ta'abbudy / ghair ma'qulat al-ma'na*), tetapi secara aplikatif atau penerapan hukum waris "secara kasuistik" bersifat *ijtihadiyah* berarti *dhanniyah*, (*ta'aqquly, ma'qulat al-makna*). Dalam kerangka umum pemikiran disertasi ini dapat dijelaskan sebagai berikut: Hukum waris dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) merupakan pedoman hakim Peradilan Agama untuk memutus perkara kewarisan yang diajukan kepadanya. Kapasitas hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam berfungsi mengatur yang bersifat normatif, adapun yang dihadapi hakim Peradilan Agama adalah hukum yang bersifat empiris, kasuistik, sehingga dimungkinkan adanya kesenjangan antara *law in books* dengan *law in action*. Untuk menjawab hal yang demikian apabila hukum dalam buku itu tidak cocok dengan hukum dalam kasus yang terjadi, mau tidak mau hakim harus menemukan hukum yang cocok dengan kasus yang diajukan itu, sehingga putusan hakim dalam penemuan hukum yang cocok itu merupakan pengembangan hukum (*tahrij al-ahkam 'ala nashshil qanun*) kewarisan yang dapat dikontribusikan terhadap pembangunan hukum waris nasional. Dalam pertimbangan putusan yang merupakan perkembangan hukum kewarisan tersebut, tidak dapat dilepaskan dari pertimbangan dan

pendekatan sosiologis, historis, filosofis dan pendekatan kritis dan terakumulasi sehingga mewujudkan "kontruksi Hukum" yang dapat disumbangkan terhadap "Pembangunan Hukum Waris Nasional". Untuk lebih jelasnya dapat dilihat dalam ragaan 3.

Hukum keluarga dan kewarisan Islam adalah dua sub sistem hukum yang merupakan bagian dari hukum Islam yang bersifat komprehensif. Orang yang ingin menjadi ahli dalam hukum Islam tidak mungkin mengabaikan hukum keluarga dan kewarisan Islam, yang boleh dikatakan sebagai *"central core"* dalam hukum Islam itu. Kedua macam sub sistem hukum Islam itu secara langsung mengatur hak-hak individu agar terwujud suatu kehidupan masyarakat yang mapan (stabil), sejahtera dan tenteram. Meskipun usianya sudah lebih dari empat belas abad, namun baik hukum keluarga Islam maupun hukum kewarisan Islam tetap dinamis, dalam makna pengembangan pemikiran melalui ijtihad terhadap berbagai macam permasalahan atau kasus dalam kedua macam sub sistem hukum Islam itu selalu dapat dilakukan, sepanjang hal itu tidak bertentangan dengan al-Qur'an dan Sunnah Rasul.[88]

Berbicara masalah boleh tidaknya berijtihad dalam memecahkan sesuatu dalam hukum Islam, senantiasa dipertanyakan lebih dulu, apakah masalah tersebut masuk dalam *ubudiyah* atau akidah atau masuk dalam bidang *mu'amalat*. Para ulama sepakat bahwa hanya bidang mu'amalah yang boleh disentuh ijtihad. Demikian pula halnya berbicara, boleh tidaknya berijtihad dalam menyelesaikan kasus-kasus dalam bidang hukum waris Islam. Maka untuk menetapkan boleh

---

[88] Tahir Azhary, "Hukum Keluarga dan Kewarisan Islam dalam Masyarakat Modern Indonesia," *Mimbar Hukum No. 10 Thn. IV 1993*, hal. 25.

tidaknya hukum waris Islam memasuki kegiatan ijtihad harus dapat dipastikan lebih dahulu hukum waris Islam masuk bidang mana. Sebelum dipastikan untuk sementara dianggap bahwa bidang hukum waris adalah termasuk bidang *mu'amalat.*

Jika kita buka literatur ilmu *faraidl* atau hukum Islam, di sana akan dijumpai tidak sedikit masalah *ijtihadiyah.* Tentu saja yang menjadi obyek ijtihad di sana kebanyakan adalah masalah-masalah yang belum ada *nashnya* yang *qath'i.* Namun tidak berarti bahwa ijtihad para ulama dahulu itu tidak ada yang berani menyentuh hal-hal yang telah ada *nashnya* yang *sharih* dan *qath'i.* Maka perlu dibuktikan kembali apakah para ulama ahli ilmu *faraidl* benar-benar merasa tabu untuk menyentuh dengan ijtihad dalam bagian-bagian yang telah ada *dalil sharih* maupun *qath'i.* Nampaknya masalah ijtihad dalam hukum waris Islam sangat menarik untuk dikaji.[89]

Masalah *aul, rad, gharrawain, musytarakah* dan lain-lainnya, ini menyangkut masalah *ijtihadiyah* dalam pelaksanaan pembagian hukum waris Islam. Ini terlihat bahwa hukum waris Islam banyak sekali disentuh oleh kegiatan ijtihad. Tujuan ijtihad tidak lain adalah usaha menyesuaikan *nash* kepada kenyataan dalam praktik agar *nash* tersebut dapat diimplementasikan dalam kenyataan. Maka tidaklah terlalu salah jika hukum waris Islam yang telah tertulis dalam kitab-kitab *faraidh* atau terkodifikasikan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) itu masih dapat menerima perubahan dan perkembangan sesuai dengan perkembangan zaman secara substantif walaupun sistem tetap harus

[89] Yusuf Ilyas, "Masalah Ijtihadiyah dalam Hukum Waris Islam (Sebuah Kajian Singkat)," *Mimbar Hukum No. 21 Thn. VI 1995*, hal. 62-65.

dipertahankan. Maka muncullah masalah-masalah baru dalam hukum waris Islam di Indonesia, seperti masalah *wasiat wajibah*, masalah waris pengganti, masalah menyamakan hak untuk menerima warisan antara cucu keturunan anak laki-laki dengan cucu keturunan anak perempuan, masalah anak perempuan dapat menjadi *hajib* terhadap saudara pewaris dan sebagainya.

Pengembangan hukum kewarisan Islam tidak dapat dilepaskan dari aspek sosiologis dimana hukum kewarisan Islam itu berlaku (*operasional*). Yang dimaksud kata "pengembangan" di sini bukanlah dari titik nol, melainkan menggambartkan sesuatu yang sudah mengalami proses pengembangan. Pengembangan hukum Islam (fikih) dalam hal ini hukum kewarisan Islam adalah pengembangan sebuah gugusan hukum agama yang tidak pernah berhenti berkembang. Hal ini ternyta dari butir-butir hukum yang kita jumpai dalam karya-karya ulama besar masa lampau hingga saat ini, yaitu menunjukkan adanya kecenderungan amat kuat untuk melakukan proses penyesuaian dengan keadaan setempat tanpa mengorbankan prinsip umum dari hukum agama itu sendiri.[90]

Memperhitungkan faktor lokalitas atau aspek sosiologis didalam pengambilan keputusan atau ijtihad dalam hukum Islam merupakan kenescayaan. Contoh yang dapat disebutkan dalam hal ini adalah sebuah *diktum* dalam karya utama *Syekh Arsyad Banjar* yang berjudul *Sabiil al-Muhtadin*, dalam *corpus* mana beliau menyatakan bahwa pembagian waris berdasarkan adat berpantangan. Harta dibagi dahulu antara suami dan isteri dan barulah hasil parohan itu yang dibagikan kepada ahli waris. Ini jelas merupakan pengembangan yang radekal dari

---

[90] Abdurrahman Wahid, "Pengembangan Fiqh yang Kontekstual," *Pesantren No. 2/Vol. II/1985*, hal. 4.

konsep semula yang ada dalam al-Qur'an, yaitu bahwa keseluruhan harta peninggalan seseorang yang meninggal dunia dibagi antara ahli waris. Memasukkan adat perpantangan di dalam kitab standar fikih adalah nyata sekali merupakan sebuah hasil pemikiran kontekstual yang memperhitungkan masyarakat Banjar yang harus hidup dari kerja di atas sungai, baik berdagang maupun mengail ikan. Pekerjaan demikian tidak bisa hanya dilakukan oleh suami saja, seperti menyangkul di sawah, melainkan harus dilakukan oleh suami dan isteri bersama-sama dengan jalan membagi kerja antara mendayung perahu dan berdagang atau mengail ikan.

Dengan demikian jelas sekali konteks lokal atau sosial masyarakat yang sangat kuat mempengaruhi proses pengambilan putusan hukum Islam melalui perumusan kembali arti pemilikan harta yang diperoleh dari usaha bersama, walaupun ketentuan tentang perolehan bersama yang ada di daerah Banjar agak sedikit berbeda dari kasus-kasus kepemilikan bersama atas harta di negeri-negeri Timur Tengah yang telah mengenal hukum tersebut di masa lampau. Kontekstualisasi kerena terpenuhinya berbagai persyaratan, seperti adanya pemilikan bersama atas harta dalam kasus yang disebutkan di atas, menunjuk dengan jelas betapa besarnya peluang bagi perumusan kembali hukum agama dalam fikih (hukum Islam) sebuah situasi yang mau tidak mau harus diakui sangat kompleks dalam rumusannya, tetapi yang justeru mampu menjawab tantangan-tantangan zaman.[91]

---

[91] *Ibid.*, hal. 4-5.

Dalam wilayah praksis persoalan waris termasuk historis – empiris yang tidak lepas dengan sintesa kreatif individual dalam rangka menangkap pesan-pesan universal al-Qur'an sebagaimana yang dilakukan oleh Umar ibn al-Khaththab. Selama ini para ulama melihat perbandingan yang ada dalam kewarisan lebih bersifat *bayani*. Hal ini didasarkan pada pemahaman terhadap lafadz *zakar* dan *unsa* yang terdapat dalam *Surat an-Nisa' ayat 11* yang mana lafadz tersebut diartikan jenis dan anak. Oleh karenanya, jika pemikiran tersebut diaplikasikan ke dalam kewarisan akan muncul persoalan tentang konsep 2:1 antara *zakar* dan *unsa*. Artinya jika *zakar* dan *unsa* berarti jenis. Konsekuensinya setiap ada jenis laki-laki dan perempuan harus 2:1 dan jika *zakar* dan *unsa* berarti anak, maka setiap ada anak laki-laki dan perempuan harus 2:1. yang disebut terakhir ini hanya memperlakukan 2:1 bagi anak.[92]

Masalah *gender* termasuk wilayah *law tradition* yang sangat dipengaruhi oleh wacana epistema yang mengitarinya, maka ketika persoalan kewarisan dikaitkan dengan persoalan *gender* seyogianya dipotret dengan keuniversalan al-Qur'an. Hal tersebut bisa diperhatikan pada pesan-pesan moral yang disyaratkan al-Qur'an. Banyak ayat yang mengajak kita untuk berbuat adil. Oleh karenanya jika pemahaman kita terhadap *nash* tidak terpaku pada sub tema (tiap ayat berdiri sendiri), maka persoalan-persoalan yang selama ini dianggap sakral *(qath'i)* tidaklah perlu dikhawatirkan untuk berubah dalam rangka menangkap perubahan zaman. Sebagaimana diisyaratkan oleh al-Qur'an *Surat al-Zumar* ayat 17 dan 18 yang artinya: " Sampaikan berita itu kepada hamba-hamba-Ku, yang

[92] Susiknan Azhari, "Pemikiran Riffat Hassan (Studi tentang Isu Kesetaraan dan Implikasinya dalam Kewarisan)," *Mimbar Hukum No. 39 Thn. IX 1998*, hal. 82-83.

mendengarkan perkataan lalu mengikuti apa yang paling baik di antaranya ...". Ayat tersebut dengan jelas mengisyaratkan agar umat Muhammad bersikap kreatif dan dinamis. Selama ini pemahaman terhadap teks-teks al-Qur'an bersifat parsial, Sehingga sering menimbulkan kontradiktif termasuk persoalan-persoalan kewarisan. Sebagaimana memahami ayat-ayat kewarisan berdiri sendiri atau bersifat *qath'i*, sehingga tidak memungkinkan adanya perubahan dalam menangkap pesan-pesan universal al-Qur'an. Di sisi lain dalam wilayah empiriknya ternyata berbeda. Hal ini bisa diperhatikan dalam kasus kewarisan yang terdiri: Suami, ayah dan ibu. Bagian suami adalah setengah harta warisan (karena tidak ada anak), bagian ibu adalah sepertiga harta warisan dan sisanya untuk ayah. Maka suami akan mendapat 3/6, ibu 2/6 dan ayah hanya menerima 1/6. Di sini perbandingan bagian ayah dan ibu menjadi terbalik, yaitu 1:2.[93]

Dalam hal kasus kewarisan di atas, Ahmad Azhar Basyir berkomentar bahwa ijtihad Umar bin Khaththab dalam masalah warisan, bukan mengubah ketentuan *nash*, tetapi justeru untuk tercapainya penerapan *nash*.[94] Karena dalam kasus tersebut khalifah Umar menetapkan bagian ibu 1/3 sisa setelah diambil bagian suami dan ayah mendapat sisanya. Dengan demikian perbandingan perolehan ayah dan ibu adalah tetap 2:1. Jika perbandingan itu yang menjadi persoalan dalam persoalan warisan tanpa melihat ayat-ayat lain, maka yang muncul adalah persoalan-persoalan klasik. Sesungguhnya ayat-ayat al-qur'an merupakan satu kesatuan yang diturunkan untuk dikaji dan diamalkan, tanpa terikat dengan kreatifitas – subyektif individu. Dengan demikian ayat-ayat

[93] ***Ibid.***, hal. 82-83.

[94] Ahmad Azhar Basyir, "*Reaktualisasi, Pendekatan Sosiologis tidak Selalu Relevan, dalam Polemik Reaktualisasi Ajaran Islam*," (Jakarta: Pustaka Panjimas, 1988), hal. 108.

kewarisan sebaiknya dikaitkan dengan pesan-pesan universal al-Qur'an. Apakah kita tidak bisa mengatakan bahwa perbandingan yang disebut dalam al-Qur'an tersebut bersifat maksimal?, artinya bagian maksimal bagi *zakar* adalah 2 kali bagian *unsa*. Dengan demikian ada celah-celah untuk menguranginya tanpa meninggalkan pesan keadilan al-Qur'an sesuai dengan historisitas.[95]

Pengembangan hukum kewarisan Islam tidak dapat dilepaskan dari aspek filosofis (keadilan). Interpretasi umat Islam terhadap hukum kewarisan Islam berubah, sesuai dengan perubahan kondisi sosio-historis, mobilitas sosial dan kemajuan zaman. Transformasi hukum Kewarisan Islam banyak mengalami dinamika dan perkembangan, karena hukum Islam bertujuan untuk mengatur kepentingan manusia untuk mencapai kemaslahatan hidupnya, maka ia senantiasa berkembang dan berjalan sesuai dengan situasi, kondisi, dan gerak laju perkembangan umat Islam.

Dalam Islam seperti yang dirumuskan dalam *faraidh* (hukum waris), ternyata kini disadari adanya sebuah praktek diskriminasi antara pihak laki-laki dan pihak perempuan. Kaum perempuan sepertinya mendapatkan perlakuan marginalisasi karena dasar waris dalam Islam disebutkan 2:1, yakni pihak laki-laki mendapatkan satu sementara pihak perempuan mendapatkan setengah dari bagian lelaki. Melihat kondisi umat Islam di negeri ini secara nyata dan transparan telah mengalami perubahan yang amat signifikan. Umat Islam telah mengenal adanya persamaan hak dan kewajiban antara lelaki dan perempuan.

---

[95] Susiknan Azhari, *op. cit.*, hal. 83.

Peran wanita di era kehidupan keluarga dan sosial umat Islam modern sekarang ini telah mengalami perubahan yang dratis. Kaum wanita sudah memainkan peran besar dalam kehidupan rumah tangga. Bukan hanya itu, mereka juga sudah berhasil meraih dan memperlihatkan peran positif dan peningkatan luar biasa sehingga tuntutan perlakuan sama kepada kaum wanita dengan lelaki sudah merupakan kebutuhan. Hal ini terjadi karena adanya pemberian kesempatan kepada kaum wanita untuk berkiprah pula dalam bidang pendidikan. Kini, kesempatan dalam bidang pendidikan tidak ada lagi dikotomi, apalagi diskriminatif sehingga kaum wanita juga sudah dapat meraih tingkat kecerdasan dan intelektual seperti apa yang dicapai oleh kaum lelaki.

Peningkatan peran wanita dalam keluarga dan sosial tidak hanya dialami oleh mereka yang berpendidikan yang memadai, tetapi juga dialami oleh kaum wanita di pedesaan dengan keikutsertaan mereka dalam kepentingan keluarga dan masyarakat. Peran kaum hawa ini sudah sangat jauh berbeda dengan apa yang pernah dialami oleh masyarakat Arab pada waktu turunnya al-Qur'an, yakni dominasi kaum lelaki sementara kaum perempuan hamper dapat dikatakan tidak memainkan peran dalam keluarga apalagi peran publik sama sekali tidak ada. Berkaitan dengan adanya rasa ketidak puasan terhadap apa yang dipegangi dalam soal warisan ini, maka timbul pemikiran baru untuk melakukan pembaharuan dan perombakan terhadap hukum waris yang memakai perbandingan 2:1 ini. Ada keinginan untuk melakukan sebuah pembaharuan karena didasarkan pada perubahan dan peningkatan peran kaum perempuan disamping hasrat untuk

memenuhi rasa keadilan yang tumbuh dalam masyarakat Islam di era modern ini.[96]

Aspek filosofis dalam pengembangan hukum kewarisan Islam mengkaji tentang keadilan. Keadilan merupakan tujuan hukum kewarisan Islam itu, dan banyak dalam al-Qur'an untuk menyuruh berbuat dan menegakkan keadilan. Sifat adil yang terkait erat dengan prinsip keadilan dalam hukum keluarga dan hukum kewarisan, misalnya tercermin dalam persamaan kedudukan pria dan wanita sebagai ahli waris yang mengangkat kembali derajat kaum wanita yang sebelumnya tidak mungkin menjadi ahli waris (pada zaman pra Islam). Berkaitan dengan hal ini, apabila dikaji mengenai hukum (waris) Islam dalam konstruksi pemikiran Fazlur Rahman, yaitu memahami ungkapan-ungkapan al-Qur'an untuk digeneralisasikan kepada prinsip-prinsip moral – sosial dengan cara mengaitkan ungkapan-ungkapan spesifik al-Qur'an beserta latarbelakang sosio – historis dan dengan mempertimbangkan *ratio – legis ('illat hukum)* yang dinyatakan dalam ungkapan-ungkapan al-Qur'an, dan selanjutnya adalah dengan merumuskan prinsip-prinsip umum tersebut ke dalam konteks sosio-historis aktual sekarang ini.[97]

Istilah-istilah teknis yang digunakan sebagai metodiknya, seperti "ungkapan legal spesifik al-Qur'an", "prinsip moral sosial", *"latarbelakang sosio-historis"*, dan *"ratio legis" ('illat hukum)*, maka istilah-istilah teknis tersebut merupakan istilah-istilah kunci yang menggambarkan konsep hukum Islam dalam

---

[96] Jalaluddin Rahman, "Perumusan Ulang Hukum Waris Islam: Sebuah Pendekatan Pembaruan dalam Islam," *Mimbar Hukum No. 63 Thn. XV 2004*, hal. 85.

[97] Efrinaldi, "Reaktualisasi Hukum Islam, Suatu Kajian Metodologis dalam Pemikiran Fazlur Rahman," *Mimbar Hukum No. 50 Thn. XII 2001*, hal. 97.

konstruksi pemikiran sebagai aturan-aturan hukum Islam dalam aspek hubungan kehidupan bermasyarakat. Hukum Islam dalam aspek ini dapat untuk dikembangkan dan diperbaharui.[98]

Kemungkinan adanya bahaya subyektivitas penafsir, untuk menghindarkan atau setidaknya untuk meminimalkan bahaya subyektivitas tersebut, Rahman mengajukan sebuah metodologis yang terdiri dari tiga pendekatan: Pertama, pendekatan historis untuk menemukan makna teks, kedua, pendekatan kontentual untuk menemukan sasaran dan tujuan yang terkandung dalam ungkapan legal-spesifik, dan ketiga, pendekatan latarbelakang sosiologis untuk menguatkan hasil temuan pendekatan kontentual untuk menemukan sasaran dan tujuan yang tidak dapat diungkapkan oleh pendekatan kontentual, atau disingkat dengan rentetan pendekatan: "historis, kontektual dan sosiologis ".

Langkah pertama, orang harus memahami arti atau makna suatu pernyataan (ayat) dengan mengkaji situasi atau problema historis dimana pernyataan al-Qur'an tersebut merupakan jawabannya. Tentu saja sebelum mengkaji ayat-ayat spesifik dalam situasi spesifiknya, suatu kajian situasi makro dalam batasan-batasan masyarakat, agama, adat istiadat, lembaga, bahkan keseluruhan kehidupan masyarakat di Arabia pada saat Islam datang dan khususnya Makkah dan sekitarnya, harus dilakukan lebih dulu.

Langkah kedua, adalah membuat pengertian umum respon-respon spesifik tersebut dan menyatakan sebagai ungkapan-ungkapan yang memiliki tujuan moral-sosial umum, yang dapat "sisaring" dari ungkapan ayat-ayat spesifik

---

[98] *Ibid.*, hal. 98.

dalam sinaran latarbelakng sosio-historis dan dalam sinaran *rasiones legis* (*'illat hukum*). Dengan demikian langkah pertama, yakni memahami makna dari suatu pernyataan spesifik sudah memperlihatkan ke arah langkah kedua yang membawa kepadanya. Selama proses ini, perhatian harus diitujukan kepada ajaran al-Qur'an sebagai suatu keseluruhan, sehingga setiap arti tertentu yang dipahami, setiap hukum yang dinyatakan, dan setiap tujuan yang dirumuskan akan koherensi dengan lainnya. al-Qur'an sendiri mendakwakan secara pasti bahwa "ajarannya tidak mengandung kontradiksi dalam, melainkan koheren secara keseluruhan".[99]

Ide pokok yang terkandung dalam gerakan pertama, sebagaimana yang disebutkan di atas, adalah penerapan metode berpikir induktif, "berpikir dari ayat-ayat spesifik, menuju kepada prinsip", atau dengan kata lain adalah "berpikir dari aturan-aturan legal spesifik menuju kepada moral sosial yang bersifat umum yang terkandung di dalamnya". Terdapat tiga perangkat untuk dapat menyimpulkan prinsip-prinsip moral sosial. Pertama, adalah perangkat *'illah hukum* (*ratio legis*) yang dinyatakan dalam al-Qur'an secara eksplisit, kedua, *'illat hukum* yang dinyatakan secara implisit yang dapat diketahui dengan cara menggeneralisasikan beberapa ungkapan spesifik yang terkait, dan ketiga, adalah perangkat sosio-historis yang bisa berfungsi untuk menguatkan *'illat al-hukm* implisit untuk menetapkan arah maksud tujuannya, juga dapat berfungsi untuk membantu mengungkapkan *'illat al-hukm* beserta tujuannya yang sama sekali tidak dinyatakan.

---

[99] *Ibid.*, hal. 104.

Adapun gerakan metodis bagi reaktulisasi hukum (waris) Islam adalah sebagai upaya perumusan prinsip-prinsip umum, nilai-nilai dan tujuan-tujuan al-Qur'an yang telah disistematisasikan terhadap situasi dan atau kasus aktual sekarang ini. Gerakan ini harus dilakukan dari pandangan umum, menjadi pandangan-pandangan spesifik (*the specific view*) yang harus dirumuskan dan direalisasikan sekarang ini. Artinya, ajaran-ajaran yang bersifat umum tersebut harus dirumuskan dalam konteks sosio-historis yang kongkrit sekarang ini. Kerja ini memerlukan kajian yang cermat atas situasi sekarang dan analis berbagai unsur-unsur komponennya, sehingga dapat dinilai situasi sekarang dan mengubah kondisi sekarang sejauh yang diperlukan dan menentukan pioritas-pioritas baru untuk bisa menerapkan nilai-nilai al-Qur'an secara baru pula. Dengan corak pemikiran di atas terdapat kegiatan atau kerja merumuskan prinsip umum al-Qur'an menjadi rumusan-rumusan spesifik, maksudnya yang berkaitan dengan tema-tema khusus, misalnya prinsip ekonomi *Qur'any*, prinsip politik *qur'any*, dan lain-lain dimana rumusan prinsip spesifik tersebut harus mempertimbangkan konteks sosio-historis yang kongkret dan bukanlah rumusan spekulatif yang mengawang-awang.[100]

Pemahaman secara akurat terhadap kehidupan aktual yang sedang berkembang dalam berbagai aspeknya seperti ekonomi, politik, hukum, kebudayaan dan sebagainya, dalam kenyataannya kehidupan aktual suatu masyarakat atau bangsa memiliki corak-corak tertentu yang bersifat situasional dan kondisional, selain itu ia sarat akan perubahan-perubahan. Maka tanpa

---

[100] *Ibid.*, hal. 105.

pencermatan situasi dan kondisi aktual, akan cenderung kepada upaya pemaksaan prinsip-prinsip *Qur'any*, dan yang demikian itu harus dihindarkan, melainkan melakukan upaya "perumusan" prinsip umum al-Qur'an dalam konteks sosio-historis aktual. Bahkan suatu prinsip tidak dapat diterapkan sebelum ia dirumuskan kembali.[101]

Penilaian situasi dan kondisi aktual dilakukan dengan sudut pandang prinsip umum al-Qur'an tersebut, sehingga proses penilaian tersebut sekaligus mengandung fungsi "mengontrol" kecenderungan yang menyimpang dari prinsip-prinsip umum yang *Qur'any*, tidak membiarkannya berkembang secara liberal tetapi ia dimungkinkan berkembang secara progresif dengan kendali prinsip-prinsip *Qur'any* tersebut dan inilah sebagai upaya reaktualisasi hukum (waris) Islam. Akhirnya pandanngan di atas menghasilkan rumusan-rumusan spesifik Qur'any mengenai beberapa aspek kehidupan aktual sekarang. Rumusan-rumusan tersebut akan menjadi pertimbangan bagi *mujtahid* dalam menetapkan pendapat-pendapat hukum, yakni rumusan-rumusan spesifik *Qur'any* mengenai kehidupan aktual dan pendapat-pendapat hukum hasil ijtihad akan mengalami proses interaksi dalam masyarakat. Terlepas dari kenyataan apakah akan diterima atau ditolak oleh masyarakat, namun secara teoritis pendapat di atas merupakan *visi Qur'any* yang dibangun dengan mempertimbangkan situasi dan kondisi aktual masyarakat setempat, yakni sebuah *visi Qur'any* yang realitas. Sampai di sini kerja ijtihad informal telah rampung. Sedangkan kristalisasi hasil ijtihad menjadi *ijma'* (konsensus masyarakat) dan kebijakan *taqnin* (penetapan hukum Islam

[101] *Ibid.*, hal. 105.

menjadi undang-undang) merupakan upaya sosialisasi hasil ijtihad, dan bukan ijtihad itu sendiri.

Pengembangan hukum kewarisan Islam disisi lain seperti dijelaskan dari aspek-aspek tersebut di atas, juga tidak dapat dilepaskan dari aspek "pendekatan kritis". Peran kaum hawa sekarang sudah sangat jauh berbeda dengan apa yang telah dialami oleh masyarakat Arab pada waktu turunnya al-Qur'an, yakni dominasi kaum laki-laki sementara kaum perempuan hamper dapat dikatakan tidak memainkan peran dalam keluarga apalagi publik, sama sekali tidak.

Perlu perumusan ulang dalam hukum waris Islam, dengan paradigma kritis, yaitu dengan "teori penyelesaian masalah hukum" dan "analisis menuju perubahan", seperti yang disampaikan Hurun Nasution, Muhammad 'Abduh, Ahmad Khan, Munawir Syazali, Nurcholis Madjid dan Ibrahim Hosen.[102] Harun Nasution memperkenalkan teori pembagian ajaran Islam dalam dua kelompok besar, yaitu (1) ajaran dasar yang sifatnya tetap, tidak dapat diubah atau berubah, universal, mutlak dan lazim disebut *qath'i* (pasti), ajaran ini mencakup *qath'i al-wurut* (pasti sumbernya, yakni lafaz ayat Qur'an dan Hadis *mutawatir*), *Qath'i al-dalalah* (pasti maknanya, yakni *lafaz* yang satu arti dan bilangan), dan *qath'i al-tanfidz* (pasti pelaksanaannya sehingga ada dosa bila ditinggalkan), dan (2) ajaran non dasar, yang sifatnya tidak tetap, dapat diubah, lokal, nisbi dan lazim disebut *zhanni*. Ajaran ini mencakup *zhanni al-wurud* (diduga sumbernya, yakni *lafaz Hadis ahad, ijma', ijtihad*), *zhanni al-dalalah* (diduga maknanya, yakni *lafaz* yang

[102]Jalaluddin Rahman, *op. cit.*, hal. 85-86.

lebih satu artinya, dan *zhanni tanfidz* (diduga pelaksanaannya, yakni ajaran pilihan yang tidak ada dosa bila ditinggalkan).[103]

Muhammad 'Abduh mengedepankan penggunaan akal dalam memahami ayat-ayat al-Qur'an karena keduanya tidak bisa saling bertentangan. Keduanya merupakan anugerah Tuhan yang diberikan kepada manusia. Bila terjadi pertentangan (penolakan) akal terhadap *zhahir* (harfiah) ayat misalnya, maka akal pikiran harus dikedepankan. Caranya adalah bahwa ayat tersebut harus *ditakwilkan* (dipalingkan makna harfiahnya kepada makna yang lebih rasional), sehingga dapat diterima oleh akal sehat. Memahami ayat secara metaforis sehingga akal leluasa memahaminya dengan baik.[104]

Ahmad Khan memperkenalkan penggunaan hukum alam (*natural law, causality*) dalam memahami ayat-ayat al-Qur'an. Pandangan ini merupakan konsekuensi logis baginya karena menganut paham *qadariah* (kebebasan manusia memilih). Menurutnya, segala sesuatu yang terdapat di alam ini haruslah sesuai dan tunduk pada hukum alam, hukum sebab akibat, termasuk pemahaman ayat sehingga semuanya dapat sesuai dengan pengetahuan dan kemajuan baru yang dicapai manusia.[105]

Munawir Syazali memperkenalkan reaktualisasi hukum Islam dengan menggunakan teori *nasakh* (penghapusan suatu hukum). Menurutnya bila suatu hukum lahir karena latar belakang tradisi lalu tradisi tersebut hilang, maka hukumnya juga dengan sendirinya terhapus oleh tradisi dan adat karena *al-'adah*

---

[103] Harun Nasution, ***Pembaharuan dalam Islam, Sejarah Pemikiran dan Gerakan***, (Jakarta: Bulan Bintang, 1983), hal. 34.

[104] Muhammad 'Abduh; Thahir al-Tanawi (ed); *Al-Islam Din al-'Ilm wal Madaniah*, (Kairo:Al-Ta'rif bil Islam, 1964), hal. 68.

[105] Bustami M. Said, ***Mafhum Tajdid al-Din***, (Kuwayt: Dar al-Dakwah, 1984), hal. 124.

muhakkamah (tradisi bisa menjadi dasar hukum). Selain itu, ia juga mengedepankan bahwa setiap hukum Islam pasti menghendaki kemaslahatan. Kemaslahatan yang didasarkan pada rumusan akal lebih dapat didahulukan daripada arti *lahir nash* dan bisa merupakan *dalil syar'i* yang mandiri sekaligus bisa menjadi landasan (*hujjah*), terutama soal *mu'amalat*.[106]

Nurcholis Madjid memperkenalkan teori modernisasi dan rasionalisasi, khususnya dalam urusan kehidupan dunia. Umat Islam tidak boleh bersifat tradisional, menjaga *status quo*, tetapi senantiasa berusaha mengarah kepada tata cara berpikir *akliah* (*rasional*). Ia hendaknya menghadapi urusan kehidupannya dengan senantiasa terbuka untuk menggunakan penemuan ilmu terbaru. Urusan dunia harus benar-benar dihadapi menurut hukum dunia sehingga selalu ada perubahan. Manusia memiliki kebebasan sesuai dengan perannya sebagai khalifah. Dalam urusan dunia, tidak ada yang boleh *sakral*, tetapi semuanya harus didesakralisasi karena hanya Tuhanlah yang transenden, tetap dan suci. Inilah wujud tauhid yang sesungguhnya.[107]

Ibrahim Hosen mengedepankan adanya dua pandangan dalam melihat sebuah ajaran, yakni *ta'abbudi* dan *ta'aquli* dan ada kesepadanan dengan *qath'i* dan *zhanni*. *Ta'abbudi* maksudnya adalah bahwa ajaran yang terdapat dalam *syari'at* harus dilaksanakan apa adanya, tetapi sebaliknya *ta'aquli* memberi kesempatan kepada akal untuk melakukan ijtihad sehingga bisa dilakukan perumusan ulang. Untuk yang kedua ini, *'illah al-hukm* atau *maqashid al-syari'ah*

---

[106] Munawir Syadzali, ***Reaktualisasi Ajaran Islam,*** (Jakarta: Paramadinah, 1995), hal. 253-262).

[107] Nurchalis Madjid, ***Islam Kemodernan dan Keindonesiaan,*** (Bandung: Mizan, 1994), hal. 187.

(tujuan *syari'at*) sangat diperhatikan dan akal sangat memegang peranan penting. Selain itu, iapun memperkenalkan istilah *qath'i bijami' al-ahwal* dan *biba'dh al-ahwal*. Teori terakhir ini dikaitkan dengan masalah pelaksanaan (*tathbiq*)nya. Menurutnya, *nash-nash* yang *qath'i maknanya* (pasti dan tidak dapat diubah lagi maknanya) masih harus dapat dilihat apakah pelaksanaannya berlakunya dalam segala kondisi (*jami' al-ahwal*) atau hanya berlaku dalam kondisi tertentu (*biba'dh al-ahwal*). Untuk yang pertama, tidak ada lagi ijtihad karena tergolong syari'ah sedang yang kedua masih diperlukan ijtihad dalam penerapannya karena ada pilihan atau *rukhshah* dan inilah yang disebut fikih.[108]

Hal-hal inilah yang dipegang oleh kaum modernis bahwa perubahan pemahaman dan penerapan ajaran Islam dapat dilakukan karena terjadi perubahan situasi dan kondisi. Kalau Umar bin Khaththab yang hanya berselang dua tahun dengan Nabi sudah berani melakukan perubahan dan pembaharuan pemahaman, maka apalagi ketika jarak waktu antara Nabi dengan umatnya sudah mencapai 14 abad lamanya, terutama soal *mu'amalat* (urusan kehidupan umat), sudah pasti telah terjadi perubahan yang luar biasa sehingga diperlukan pembaharuan pemahaman (*tajdid al-fahmi*) dan ijtihad baru yang lebih sesuai denga kebutuhan umat di zamannya. Para modernis memandang praktek Umar bin Khaththab sebagai contoh dalam pengembangan hukum Islam misalnya. Contoh ini lalu ditangkap substansinya, yakni perubahan kondisi membawa kepada perubahan hukum dan pelaksanaan ajaran Islam (al-Qur'an). Dari sini dapat diketahui, bahwa ajaran Islam dapat pula dilihat sebagai sebuah ajaran normatif atau sosiologis.

---

[108] Ibrahim Hosein, "Beberapa Catatan Reaktualisasi Hukum Islam," dalam Munawi Syadzali, ***Kontekstualisasi Ajaran Islam,*** (Jakarta: Paramadina, 1995), hal. 273 – 277.

Khusus mengenai pemahaman ayat, maka diperlukan peninjauan terhadap konteks atau tema pembicaraan beberapa ayat karena saling keterkaitan satu sama lain antar ayat.[109]

Dalam konteks analisis menuju perubahan, bahwa hukum kewarisan Islam yang tercantum secara jelas dan tegas dalam al-Qur'an dapat dilakukan perubahan-perubahan sesuai dengan kondisi, kebutuhan rasa keadilan, dan kemaslahatan yang diperlukan umat Islam, khususnya di Indonesia. Memang, al-Qur'an menyebutkan secara jelas adanya perbandingan yang lebih besar bagian laki-laki dibandingkan dengan perempuan. Misalnya Q.S. al-Nisa' ayat 11 dan 176, .. *li al-dzakar mitsl hazh al-untsayayn* .. (..bagian seorang laki-laki sama dengan dua orang perempuan). Jelas kedua kedua ayat inilah boleh disebutkan sebagai induk dan prinsip utama dalam hukum *faraidh* yang menjadi acuan bagi para ahli hukum Islam ketika dilakukan pembagian waris. Bagi kebanyakan ulama, hukum ini sudah tidak bisa lagi diganggu gugat karena sudah tergolong *ayat muhkamat* (jelas penerapan hukumnya) atau *qath'i* (pasti hukumnya) sehingga tidak ada lagi kemungkinan untuk dilakukan ijtihad atau perubahan. Yang harus dilakukan adalah mengikuti apa adanya. Namun bila digunakan berbagai teori yang telah dipaparkan, maka hukum *faraidh* meski didasarkan pada ayat yang sedemikian statusnya masih sangat memiliki peluang untuk dilakukan penyesuaian, pembaharuan, dan perombakan ulang (rekonstruksi).

Dari analisis menuju perubahan dengan menggunakan teori-teori penyelesaian masalah hukum (kewarisan) Islam seperti yang diuraikan di atas

---

[109] Jalaluddin Rahman, *op. cit.*, hal. 87.

sebagai berikut.[110] Memang benar ayat tersebut tergolong ajaran dasar yang tidak dapat diubah, tetap dan sifatnya *qath'i*, demikian menurut Harun Nasution. Namun, sifat *keqath'i*-annya hanya mencakup dua hal, yakni dari segi lafaznya yang berasal dari Allah dan maknanya karena mengenai bilangan (matematis). Dari segi kedua tersebut, benar *qath'i* tidak dapat diubah, harus tetap dan sifatnya mutlak diterima apa adanya. Tak seorang ulamapun menurutnya dibenarkan lafaz al-Qur'an termasuk mengubah arti 2:1. Namun dalam segi pelaksanaan (*tanfidz*), maka ayat tersebut tergolong bukan dasar, tetapi non dasar *atau zhanni*. Disebut demikian karena pelaksanaan pembagian waris 2:1 hanyalah merupakan salah satu pilihan. Ketika sebuah keluarga sebagai ahli waris bersepakat untuk memilih jalan lain dengan landasan kesepakatan, rela bersama, dan pertimbangan kemaslahatan keluarga tersebut, mereka sama sekali tidak dipandang menyalahi atau menentang al-Qur'an. Malahan, keluarga tersebut sama sekali tidak mendapatkan dosa atas kesepakatan untuk memilih jalan lain.

Dalam pada itu, Muhammad 'Abduh memberi peluang besar untuk *menakwilkan* ayat seraya meninggalkan arti harfiyah ayat dan dengan demikian yang dipilih adalah makna metaforis. Dengan akal, 'Abduh meminta Umat Islam agar melakukan ijtihad untuk mencari sebuah penafsiran atau rumusan baru terhadap sebuah ayat al-Qur'an asalkan tidak terkait dengan ibadah. Akal sangat perlu memainkan peran besar dalam memberikan tafsiran yang tentunya lebih cocok dengan kondisi riil masyarakat Islam. Ini berarti bahwa dengan teori tersebut, seorang ulama masa kini dapat menggunakan akalnya agar dapat

[110] *Ibid.*, hal. 89-90.

mentakwilkan ayat yang tergolong *qath'i* tersebut karena soal waris bukan soal ibadah, melainkan sebuah urusan mu'amalah, khususnya di bidang keluarga. Ayat ini *ditakwilkan* secara metaforis bahwa yang bisa ditangkap adalah pesan keadilan 2:1 yang tercantum secara *harfiyah* dalam ayat ditangkap pesan keadilan, itulah yang harus dijunjung tinggi dan dilaksanakan oleh umat Islam dalam membagi warisannya sebagai pengamalan terhadap al-Qur'an. Kini, pembagian yang tidak seimbang tersebut nyata-nyata sangat tidak dapat diterima oleh umat Islam di negeri ini sebagai sebuah aturan yang memenuhi rasa keadilan. Secara nyata, peran lelaki dan perempuan sudah sama dan tidak lagi persis sama dengan apa yang terjadi di saat turunnya ayat, yakni kaum perempuan boleh disebutkan tidak memainkan peran, baik dalam domistik apalagi dalam bidang publik.

Kalau Ahmad Khan memperkenalkan teori hukum alam (kausalitas) dalam memahami ayat-ayat, maka dengan mudah warisan 2:1 ini diubah sesuai dengan hukum kausalitas. Ketika kaum perempuan kurang mengambil peran domistik atau publik, maka bagian yang cocok baginya adalah separuh bagian lelaki. Namun ketika peran sudah meningkat dan tidak ada lagi perbedaan antara lelaki dan perempuan, maka bagian perempuan haruslah berubah pula disebabkan adanya perubahan peran tersebut, demikian tuntutan hukum sebab akibat sebagai alat memahami al-Qur'an.

Munawir syazali jelas ingin melakukan reaktualisasi seraya mempertimbangkkan unsur kondisi sosial, adat dan kemaslahatan. 2:1 jelas tidak lagi memenuhi unsur-unsur tersebut dan dapat diubah menjadi 1:1, yakni adanya pembagian sama tanpa dilihat jenis kelamin dan hukum inilah yang menjadi dasar

hukum faraidh Islam. Dengan teori rasionalisasi, dan desakralisasi, maka hukum waris dapat dilakukan perubahan menjadi seimbang antara hak anak laki-laki dan perempuan. Soal waris adalah urusan dunia, hubungan antara para ahli waris. Hukum yang bersifat diskriminasi sudah saatnya dirasionalisasi, diselesaikan dengan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat Islam, dan tidak perlu disakralkan karena umat terkait dengan kebutuhan sebuah masyarakat. Kini, umat Islam sudah mengenal emansipasi dan terakhir kesetaraan gender dalam urusan domistik dan publik. Hal ini merupakan sebuah rumusan kecerdasan manusia dalam menjalani kehidupan duniawinya. Umat Islam haruslah secara rasional terbuka untuk menerima hal itu demi terciptanya sebuah kemaslahatan. Lagi pula ajaran persamaan sangatlah dijunjung tinggi oleh al-Qur'an yang merupakan salah satu yang direformasi oleh Islam sejak awal kedatangannya.

Teori Ibrahim Hosen yang menegaskan adanya pendekatan *ta'aqquli* seraya memperhatikan *maqashid al-syariah* sangat memberi peluang akal untuk merumuskan hukum Islam yang lebih sesuai dengan tuntutan zaman. Selain itu, beliau juga melihat bahwa tidak semua yang *qath'i* dengan sendirinya harus diperlakukan dalam segala hal. Inilah yang dimaksudnya dengan unsur pelaksanaan (*tathbiq*). Buktinya, pembagian waris yang didasarkan pada kesepakatan untuk membagi sama menunjukkan ayat 2:1 hanya *qath'i* dalam sebagian kondisi (*qath'i biba'dh al-ahwal*).

Dari sekian teori atau pemikiran yang dipakai sebagai pisau analisis dalam desertasi ini dengan melihat kasus posisi permasalahan hukum kewarisan yang diangkat, maka digunakan beberapa teori yang cocok. Sesara umum teori

yang digunakan adalah (1) teori penemuan dan pengembangan hukum, dan (2) teori pembinaan atau transformasi hukum Islam terhadap hukum nasional. Adapun secara khusus, bahwa hukum kewarisan yang terdapat dalam buku II Kompilasi Huukum Islam yang bersumber pada al-Qur'an dan as-Sunnah merupakan hukum produk wahyu yang dipandang *qath'i* (pasti) samping *al-ra'yu* dalam tingkatan aplikasi (penerapan) di Pengadilan Agama bisa *dhanny*. Untuk itu dalam melihat hal ini, digunakan kerangka teori, bahwa hukum kewarisan yang dipandang *qath'i* pada tingkatan *tanfidz* (pelaksanaa) bisa *dhanny*, yaitu (1) Teori pembagian ajaran Islam dalam dua kelompok besar, yaitu: ajaran dasar yang sifatnya tetap dan ajaran non dasar yang sifatnya tidak tetap dapat berubah. (2) Teori penggunaan akal dalam memahami ayat-ayat al-Qur'an dengan pemahaman *ta'wil*. (3) teori penggunaan hukum alam (*natural law*, *causality*) hukum sebab akibat dalam memahami ayat-ayat al-Qur'an sehingga semuanya dapat sesuai dengan pengetahuan dan kemajuan ilmu yang dicapai manusia. (4) Teori *nasakh* (penghapusan suatu hukum), yaitu bila suatu hukum lahir karena latar belakang tradisi lalu dan tradisi lalu hilang maka hukumnya dengan sendirinya hapus oleh tradisi tersebut. Di samping teori *maslahat* yang didasarkan pada rumusan akal lebih dapat didahulukan daripada arti lahir *nash* dan bisa merupakan dalil *syari'* yang mandiri sekaligus bisa jadi landasan (*hujjah*) terutama dalam soal *mu'amalah*. (5) Teori modernisasi dan rasionalisasi dalam urusan kehidupan dunia. Umat Islam tidak boleh bersifat tradisional, menjaga *status quo*, tapi senantiasa berusaha mengarah kepada tata cara pikir *akliah* (*rasional*) dengan senantiasa terbuka untuk menggunakan ilmu baru. (6) Teori *ta'abbudi* dan

ta'aquli (*qath'i* dan *zhanni*). Dalam ajaran yang terdapat dalam *ta'abbudi* (*syari'at*) harus dijalankan dengan apa adanya, tetapi sebaliknya dalam *ta'aqquli* memberi kesempatan pada akal untuk melakukan ijtihad sehingga bisa dilakukan perumusan ulang, dan (7) teori *mashlahat*, artinya kebaikan. Dalam teori ini dinyatakan, untuk mencapai tujuan hukum (*maqashid al-syari'ah*) dipertimbangkan segi positif (dan segi negatifnya). Dalam kaidah hukum Islam dinyatakan bahwa "hukum Islam itu mendatangkan kebaikan (positif) dan menolak keburukan (*Jalbu al-mashalih wa dar'u al-mafasid*). Dengan melihat beberapa teori di atas, memungkinkan keberadaan hukum kewarisan yang dipandang *qath'i* pada tingkat pelaksanaan (*tanfidz*) bisa *dhanny* sesuai alasan yang digunakannya.

Di samping itu "teori keadilan" penting untuk dikemukakan dalam upaya kontribusi hakim Peradilan Agama dalam memberikan putusan yang menjunjung tinggi asas kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan. Dalam menjunjung asas kepastian hukum, fungsi Pengadilan Agama sebagai "institusi hukum", dan dalam upaya menjunjung asas keadilan dan kemanfaatan, fungsi Pengadilan Agama sebagai "institusi sosial" yang harus merespon perubahan dalam mengaplikasikan putusannya sehingga mencapai rasa keadilan dan kemanfaatan untuk mewujudkan *maqashid al-syari'ah*. Transformasi hukum kewarisan Islam ke dalam hukum nasional tidak dapat dilepaskan dari teori struktur hukum (*legal structure*), substansi hukum (*legal substance*), dan budaya hukum (*legal culture*) dalam fungsi Pengadilan Agama sebagai wujud "institusi hukum" dan sebagai wujud "institusi sosial".

1.8 Metode Penelitian

Sebelum dijelaskan tentang apa metode yang digunakan dalam penelitian ini, maka lebih dahulu akan dijelaskan kerangka konseptual, agar dapat diperoleh pemahaman dan persepsi yang sama tentang makna definisi konsep-konsep yang digunakan dalam judul tulisan ini, untuk itu disajikan penjelasan tentang beberapa konsep yang dapat digunnakan sebagai pedoman operasional dalam melakukan penelitian ini. Berikut pengertian istilah dalam judul yang digunakan dalam penelitian ini.

1. Tranformasi adalah perubahan rupa, bentuk (sifat dsb),[111] apabila berbentuk kata benda, berbeda dengan bentuk kata kerja misal "mentransformasikan" mempunyai makna mengubah rupa, bentuk (sifat, fungsi, dsb) dan mengalihkan. Adapun pengertian konsep tersebut yang digunakan sebagai pedoman operasional dalam penelitian ini adalah perubahan rupa, bentuk (sifat) atau mengalihkan hukum Islam (diubah, dialihkan dan sumbangkan) kepada hukum nasional, sehingga hukum Islam itu tidak saja milik orang Islam, tetapi hukum Islam itu milik nasional (Indonesia) akibatnya menjadi hukum nasional;
2. Hukum Islam adalah hukum yang bersumber dan menjadi bagian agama Islam.[112] Yang dimaksud hukum Islam di sini adalah hukum Islam yang berlaku secara formal yuridis, artinya adalah (bagian) hukum Islam yang

---

[111] Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Cet. Ketiga (Jakarta: Balai Pustaka, 1990), hal. 959.

[112] Muhammad Daud Ali, Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia, *op. cit.*, hal. 45.

mengatur hubungan manusia dengan manusia lain dan benda dalam masyarakat, bagian hukum Islam ini menjadi hukum positif berdasarkan atau harus ditunjuk oleh perundang-undangan.[113] Lebih jelasnya kajian dalam penelitian ini adalah Hukum Kewarisan dalam Bab II Kompilasi Hukum Islam ((KHI) yang dikembangkan melalui putusan hakim Peradilan Agama;

3. Hukum nasional adalah peraturan yang dibuat oleh pemerintah (eksekutif) bersama-sama dengan badan legislatif yang berlaku bagi semua orang di suatu masyarakat (negara);
4. Ijtihad adalah usaha penyelidikan tentang sesuatu hal atau pengerahan segala tenaga dan pikiran untuk menyelidiki dan menggali hukum-hukum yang terkandung dalm al-Qur'an dan as-Sunnah (*istinbati*) maupun mengerahkan segala tenaga dan pikiran dalam memutus atau menemukan hukumnya sesuatu hal (perkara atau kasus hukum) yang disebut *ijtihad Tatbiqi*;
5. Hakim adalah orang yang mengadili perkara di pengadilan (*mahkamah*). Ijtihad hakim adalah pengerahan segala tenaga dan pikiran untuk menyelidiki dan menggali hukum atau mengerahkan segala tenaga dan pikiran untuk menemukan hukum atau memutus sesuatu perkara atau mengadili terhadap perkara yang diajukan kepadanya;
6. Peradilan Agama adalah peradilan bagi orang-orang yang beragama Islam.[114] Di samping itu, Peradilan Agama merupakan salah satu pelaksana kekuasaan bagi pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara tertentu. Wewenang Peradilan Agama adalah kekuasaan absolud Peradilan Agama

---

[113] *Ibid.*, hal. 5-6.
[114] Lihat Pasal 1 ayat (2) UU. RI. No. 7 tahun 1989.

dalam memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara-perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang (a) perkawinan, (b) kewarisan, wasiat dan hibah, yang dilakukan berdasarkan hukum Islam, (c) wakaf dan shadaqah.[115] Wewenang tersebut diperluas, yaitu tentang sengketa ekonomi syari'ah;

7. Pengembangan adalah proses, atau cara perbuatan mengembangkan teks undang-undang (dalam hal ini Kompilasi Hukum Islam (Inpres RI No. 1 tahun 1991) melalui putusan (yurisprudensi) hakim Peradilan Agama dengan cara (metode) dipelajari, dikaji dan ditarik kaidah-kaidah atau prinsip-hukum dari padanya;
8. Hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam adalah hukum yang mengatur tentang pemindahan hak pemilikan harta peninggalan (*tirkah*) pewaris, menentukan siapa-siapa yang berhak menjadi ahli waris dan berapa bagiannya masing-masing.[116];
9. Kontribusi mempunyai pengertian yang lain yaitu sumbangan. Dalam hal ini, adalah kontribusi atau sumbangan hukum Islam terhadap hukum nasional, artinya adalah apa yang dapat disumbangkan hukum Islam (dalam hal ini pengembangan *teks* hukum kewarisan Islam yang terdapat dalam bab II Kompilasi Hukum Islam) terhadap hukum nasional.

Metode yang digunakan dalam proses penelitian ini adalah sebagai berikut.

1. **Pendekatan dan Paradigma Studi**

---

[115] Lihat Pasal 49 UU. RI. No. 7 Tahun 1989.
[116] Lihat Pasal 171 huruf (a) Kompilasi Hukum Islam (KHI), Inpres RI No. 1 Tahun 1991.

Untuk lebih dapat memahami ketentuan dalam hukum Islam mengenai hukum kewarisan dengan mempelajari teks al-Qur'an, as-Sunnah maupun Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam kerangka pemikiran "paradigma konstruktivisme", maka pendekatan yang dipakai adalah normatif, dengan epistemologi *"ta'wil"* dan *"tafsir"*. Penerapan *ta'wil* adalah memalingkan arti *hakiki* ke arti *majazi*. Adapun penerapan *tafsir* adalah memahami hakekat makna kata dari segi bahasa. Di samping perlu adanya pendekatan *hermeneutik* yang secara umum biasanya dipakai untuk mejembatani jurang antara masa lalu dengan masa kini. Pendekatan *hermeneutik* tidak sekedar digunakan untuk memahami teks-teks dalam al-Qur'an maupun Hadis, tetapi juga kajian-kajian dalam kitab fikih yang memuat pendapat ulama terdahulu dalam memahami hukum kewarisan Islam. Disamping itu, juga untuk memahami struktur kehidupan masyarakat dalam keseluruhannya, termasuk sikap dan perilaku dalam mendesain model-model penyelesaian sengketa yang dianggap cocok dalam kaitan dengan pemaknaan,[117] hukum kewarisan Islam. Pendekatan *hermeneutik* ini dengan strategi metodologisnya mengajak para pengkaji hukum untuk juga menggali dan meneliti makna-makna hukum dari perspektif para pengguna dan / atau pencari keadilan.[118]

Disamping itu, digunakan juga dalam penelitian ini pendekatan Kritis, pendekatan ini dipakai dalam memahami hukum waris yang tercantum secara jelas dan tegas dalam al-Qur'an, as-Sunnah, Kompilasi Hukum Islam (KHI),

---

[117] Mahmutarom HR, *Rekonstruksi Konsep Keadilan dalam Sistem Hukum Nasional dan Relevansinya dengan Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia, Disertasi*, (Semarang: Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, 2004), hal. 32

[118] Soetandyo Wignyosoebroto, *Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, (Jakarta: Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat, 2002), 104-105.

maupun dalam fikih-fikih yang dapat dilakukan perubahan-perubahan sesuai dengan kondisi, kebutuhan rasa keadilan dan kemaslahatan yang diperlukan umat Islam, khususnya di Indonesia. Hukum *faraidh* meski didasarkan pada ayat yang sedemikian, masih sangat memiliki peluang untuk dilakukan penyesuaian, pembaruan, dan perombakan ulang (rekontruksi), dengan mempertimbangkan beberapa teori penyelesaian masalah hukum kewarisan Islam. Teori tersebut dapat dijelaskan sebagai berikut, yaitu: teori pembagian ajaran Islam, yaitu ajaran dasar dan ajaran non dasar, teori penggunaan akal dalam memahami ayat-ayat al-Qur'an dengan penafsiran dan *takwil*, teori penggunaan hukum alam (*natural law, causality*) dalam memahami ayat-ayat al-Qur'an, teori *nasakh* (penghapusan suatu hukum) bila suatu hukum lahir karena latarbelakang tradisi lalu tradisi tersebut hilang, maka hukumnya juga dengan sendirinya terhapus oleh tradisi itu, *teori ta'abbudi* dan *ta'aquli*. Dari teori penyelesaian masalah hukum kewarisan Islam di atas tidak dapat dipisahkan juga dari studi hukum yang berdimensi sosiologis dan filsafati (untuk lebih jelasnya dapat dilihat pada ragaan 4 dan 5).

2. Obyek Penelitian

Obyek penelitian ini ditetapkan melalui yurisprudensi (putusan) Mahkamah Agung Republik Indonesia, sebagai puncak pencari keadilan dalam upaya kasasi, sehingga diharapkan banyak temuan yang didapat dengan tersedianya kasus yang cukup memadai dalam jumlah, kualitas dan keragamannya. Mahkamah Agung mempunyai dua fungsi, yaitu fungsi menurut

hukum dan fungsi menurut undang-undang.[119] Fungsi Mahkamah Agung menurut hukum adalah fungsi Mahkamah Agung dalam kaitannya sebagai puncak peradilan, yaitu fungsi rekayasa hukum atau sarana pembaharuan dan pembangunan hukum. Adapun fungsi Mahkamah Agung menurut undang-undang adalah menjaga kesatuan hukum yang berlaku, dan wewenang melakukan pengawasan atas jalannya peradilan yang baik. Walaupun hakim di Pengadilan Agama, Pengadilan Tinggi Agama ataupun di Mahkamah Agung dibekali buku pedoman khusus seperti Kompilasi Hukum Islam (KHI) belum tentu buku pedoman khusus itu dapat menjawab dan menyelesaikan semua perkara yang diajukan kepadanya karena masyarakat selalu berkembang sesuai perkembangan zaman yang melahirkan permasalahan hukum yang kompleks dibanding pada waktu undang-undang itu dibuat.

Dalam menjalankan fungsi rekayasa dalam bentuk pengembangan atau sarana pembaharuan dan pembangunan hukum Islam yang menjadi wewenang Peradilan Agama yang dilakukan mahkamah Agung, ini dapat diharapkan akan memudahkan peneliti dalam mengerti dan memahami model-model konstruksi hukum dan keadilan yang diharapkan masyarakat melalui ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagai sarana untuk merekonstruksi konsep hukum kewarisan dalam sistem hukum nasional mendatang. Peradilan Agama disamping sebagai institusi hukum, berfungsi menegakkan hukum dan keadilan yang berdimensi yuridis dan filosofis dengan melakukan *ijtihad istinbathi*, Peradilan Agama juga sebagai

---

[119] Bustanul Arifin, ***Pelembagaan Hukum Islam di Indonesia:*** *Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya*, Cet. 1 (Jakarta: Gema Insani Press, 1996), hal. 111.

institusi sosial berfungsi mengakomodasi perkembangan masyarakat berdimensi sosiologis dengan melakukan *ijtihad tatbiqi* yang akhirnya fungsi Peradilan agama di atas dapat merekonstruksi hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (untuk lebih jelasnya dapat dilihat pada ragaan 6).

3. Sumber dan Teknik Pengumpulan Data

Sumber utama (primer) dari penelitian ini adalah putusan hakim agama tentang hukum kewarisan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap lebih-lebih yang menjadi yurisprudensi, yaitu putusan Mahkamah Agung tentang hukum kewarisan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap dan putusan itu telah diikuti peradilan dibawahnya. Hakim Peradilan Agama di Mahkamah Agung dituntut untuk melakukan ijtihad dalam bentuk kemampuan untuk menafsirkan dan mengembangkan hukum Islam yang sudah tersedia seperti Kompilasi Hukum Islam (KHI). Usaha pengembangan hukum dalam undang-undang disebut dengan *"takhrijul ahkam 'ala nashshil qanun"*, yakni pengembangan hukum dengan berdasarkan teks undang-undang.[120] Prinsip ini sesuai aturan Undang-undang RI No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, yang diperbaharui menjadi Undang-undang No. 5 tahun 2004 Tentang Perubahan atas Undang-undang No. 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung dinyatakan: "Mahkamah Agung dapat mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran penyelenggaraan peradilan apabila terdapat hal-hal yang belum cukup di atur dalam undang-undang". Untuk itu, hakim Peradilan Agama mempunyai ruang gerak untuk menafsirkan dan mengembangkan suatu prinsip hukum yang

[120] Satria Effendi M. Zein, " Ijtihad dan Hakim Peradilan Agama," *op. cit.*, hal. 48.

cocok dengan suatu perkara yang tidak diatur dalam kompilasi Hukum Islam (KHI). Upaya ijtihad yang dilakukan hakim agama di Mahkamah Agung dalam menghadapi dan menjawab perkara yang diajukan kepadanya menyangkut persoalan *ijtihad istinbati* (ijtihad dalam menyimpulkan hukum dari sumbernya) dan menyangkut *ijtihad tatbiqi* (ijtihad dalam penerapan hukum).[121]

Sedangkan sumber data bahan sekunder diperoleh dari para pemegang peran, yaitu para penyelenggara penegak hukum Islam di Peradilan Agama, khususnya para hakim agama baik yang bertugas di Pengadilan Agama, Pengadilan Tinggi Agama, maupun di Mahkamah Agung.

Mengingat tipe penelitian ini adalah normatif, teknik pengumpulan data dilakukan melalui studi pustaka, studi dokumen dan wawancara. Langkah pertama dilakukan telaah pustaka untuk lebih memahami konsep hukum kewarisan Islam, baik dari al-Qur'an, as-Sunnah, pendapat para ahli hukum Islam dalam berbagai kitab fikih yang disebut *faraidh*, perundang-undangan Peradilan Agama, Kompilasi Hukum Islam (KHI), putusan-putusan Pengadilan Agama, putusan-putusan Pengadilan Tinggi Agama, serta putusan-putusan (yurisprudensi) Mahkamah Agung yang ada hubungan dengan penelitian ini, kemudian ditindaklanjuti dengan studi dokumen berupa mengkaji putusan-putusan (yurisprudensi) tentang hukum kewarisan Islam yang merupakan pengembangan teks dari Kompilasi Hukum Islam (KHI), Selanjutnya dilakukan wawancara yang dalam hal ini menggunakan pedoman wawancara (*interview guide*) yang memuat aspek-aspek penelitian secara rinci.

---

[121] *Ibid.*, hal. 42.

4. Instrumen Penelitian

Peneliti sebagai instrument utama dalam hal ini didukung oleh dokumen yang berupa putusan-putusan (yurisprudensi) Mahkamah Agung tentang hukum kewarisan Islam yang merupakan pengembangan teks Kompilasi Hukum Islam (KHI). Dari dokumen yang berupa putusan (yurisprudensi) itu, dapat dikaji tentang pertimbangan hakim dalam memutus perkara yang berkaitan dengan hukum kewarisan. Dari pertimbangan hakim tersebut dapat diketahui wujud pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Instrumen lain berupa peran dari hakim Peradilan Agama untuk melakukan metode ijtihad dalam memutus dan mengembangkan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI). Dari sini, dapat diketahui peran ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) untuk mengantisipasi perkembangan kehidupan keluarga muslim di Indonesia. Kemudian secara kualitatif dari dokumen putusan (yurisprudensi) itu dapat diambil nilai, asas, prinsip dan kaidah hukum yang dapat ditransformasikan dan dikontribusikan terhadap hukum nasional.

5. Analisis Data

Dalam upaya mensistematisasi dan mengkonstruksi data dalam bingkai analisis, data primer maupun sekunder yang telah terkumpul dianalisis dengan menggunakan analisis kualitatif. Penelitian ini, berdasarkan sifatnya merupakan penelitian kualitatif yang menggunakan pendekatan "yuridis normatif" disebut juga penelitian hukum *"doktrinal"* sedangkan analisis yang dilakukan berupa

analisis normatif kualitatif.[122] Disamping itu tipe penelitian hukum yang dapat dikategorikkan sebagai penelitian hukum yang normatif yaitu, penelitian berupa usaha menemukan asas-asas dan dasar falsafah (doktrin) hukum positif serta penelitian berupa usaha-usaha penemuan hukum *inconcreto* yang sesuai untuk diterapkan guna menyelesaikan suatu perkara hukum tertentu.[123]

Penelitian hukum yang doktrinal ini dilakukan secara analisis induktif, prosesnya dimulai dari premis-premeis yang berupa hukum positif yang diketahui dan berakhir pada penemuan asas-asas hukum dan selanjutnya doktrin-doktrin. Penelitian hukum untuk menemukan hukum bagi suatu perkara *in concreto*, dalam penelitian hukum jenis ini norma hukum *in abstracto* diperlukan untuk berfungsi sebagai premis mayor, sedangkan fakta-fakta yang relevan dalam perkara (*legal facts*) dipakai sebagai premis minor. Melalui proses *sillogisme* akan diperoleh subuah *conclusio* (kesimpulan) berupa hukum positif *in concreto* yang dicari.[124]

Pengolahan dan analisis data, baik data bahan-bahan hukum primer, data bahan-bahan hukum sekunder yang diperoleh dari hasil penelitian kepustakaan, penelitian dokumen (putusan) dan hasil wawancara meliputi data yang bersifat kualitatif. Sesuai dengan sifat data, analisis dilakukan secara kualitatif. Sesuai dengan pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini ialah pendekatan normatif terhadap putusan (yurisprudensi) Mahkamah Agung dalam perkara kewarisan, pada akhirnya dapat ditemukan prinsip (kaidah) hukum yang terdapat dalam putusan Mahkamah Agung tentang perkembangan hukum kewarisan yang

---

[122] Ronny Hanityo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum*, Cet. 1 (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982), hal. 9.

[123] *Ibid.*, hal. 10.

[124] *Ibid.*, hal. 12-13.

terdapat dalam putusan itu dibandingkan dengan hukum kewarisan yang terdapat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) (Untuk lebih jelasnya dapat lihat ragaan 5)

1.9 Sistematika Penulisan

Dari judul dan permasalahan yang diangkat di atas, hasil penelitian ini dituangkan dalam bentuk disertasi dengan memuat susunan materi sebagai berikut:

Bab I mengenai Pendahuluan. Dalam bab ini dikemukakan alasan-alasan atau argumentasi dipilihnya judul yang dituangkan dalam Latar Belakang Masalah. Kemudian diangkatlah Identifikasi Masalah yang merupakan jantungnya dari suatu permasalahan yang diteliti, dilanjutkan dengan Batasan Masalah, Tujuan dan Kontribusi Penelitian. Kemudian dilanjutkan dengan Signifikasi Penelitian, Kajian Pustaka, Kerangka Teoritik, Metode Penelitian dan Sistematika Penulisan.

Bab II mengenai Transformasi Hukum Islam ke dalam Hukum Nasional. Adapun yang dibahas dalam bab ini adalah, Kedudukan Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional, Hukum Islam dan Pemikirannya di Indonesia, Pembaharuan Hukum Islam dan Perwujudannya dalam Peraturan Perundang-undangan di Indonesia, dan Transformasi Hukum Islam ke dalam Legislasi Nasional.

Bab III mengenai Peradilan Agama di Indonesia. Yang dikaji dan dibahas dalam bab ini mengenai, Sejarah Peradilan Agama di Indonesia, Peradilan Agama dalam Tata Hukum Indonesia serta dalam Pembinaan Hukum

Nasional, Kedudukan dan Wewenang Peradilan Agama dalam Undang-undang No. 3 Tahun 2006, Peradilan Agama sebagai Peradilan Keluarga serta Perkembangan Studi Hukum Islam di Indonesia.

Bab IV mengenai Kompilasi Hukum Islam dan Ijtihad Hakim Peradilan Agama serta Hukum Kewarisan dalam Islam. Dalam bab ini akan dijelaskan mengenai Kompilasi Hukum Islam (KHI) di Indonedia, yang meliputi Transformasi Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam Sistem Hukum Nasional, Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam Kontelasi Politik Hukum Nasional, Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagai Hukum Terapan Tertulis di Pengadilan Agama, Legislasi Kompilasi Hukum Islam dan Pembangunan Hukum di Indonesia serta Pemasyarakatan KHI.

Adapun mengenai Ijtihad Hakim Peradilan Agama, akan diuraikan mengenai, Pengertian dan Relevansi Ijtihad dalam Pengembangan Hukum Islam, Ijtihad Hakim Peradilan Agama, Pengembangan Hukum Materiil dan Yurisprudensi Peradilan Agama, serta Hukum Kasus dan Hukum dalam Fungsi Mengatur.

Adapun Hukum Kewarisan dalam Islam. diuraikan diawali dengan, Prinsip-prinsip Hukum Kewarisan Islam dalam Ilmu Faraidh, Ahli Waris dan Bagian-bagiannya menurut Kompilasi Hukum Islam (KHI), Perkembangan Pemikiran Hukum Kewarisan Islam, dan Perkembangan Hukum Kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Bab V mengenai Hasil Penelitian dan Pembahasan. Dalam bab ini merupakan hasil jawaban dari permasalahan yang diangkat dan ditindak lanjuti

melalui penelitian yang berisi, 1.Transformasikan Hukum Islam Ke dalam Hukum Nasional, 2. Wujud dan Pertimbangan Hukum dalam Putusan Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam, 3. Metode Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam, 4. Peran Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam Untuk mengantisipasi Perkembangan Kehidupan Keluarga Muslim di Indonesia, 5. Kaidah Hukum yang Dapat Diambil dari Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam dan Kontribusinya terhadap Hukum Nasional.

Bab VI tentang Penutup. Yang berisi, Simpulan dari masalah yang diangkat melalui proses penelitian yang dilakukan, dan Saran-saran yang diajukan sebagai masukan ke depan.

BAB II

TRANSFORMASI HUKUM ISLAM KE DALAM HUKUM NASIONAL

Transformasi merupakan perubahan rupa atau bentuk baik dalam sifat atau fungsi. Apabila berbentuk kata kerja misal 'mentransformasikan' berati mempunyai makna merubah rupa, bentuk (sifat dan fungsi), dan apbila dihubungkan dengan hukum Islam menjadi 'mentransformasikan hukum Islam' dalam hukum nasional berarti perubahan rupa, bentuk (sifat) atau mengalihkan hukum Islam (diubah, dialihkan dan disumbangkan) kepada hukum nasional. Akibat dari transformasi hukum Islam tersebut ke dalam hukum nasional menjadi bahwa hukum Islam itu tidak saja milik orang Islam, tetapi hukum Islam itu milik semua warga Indonesia tanpa membedakan agama menjadi hukum nasional.

Dalam transformasi hukum Islam ke dalam hukum nasional terdapat dua pintu (jalan), yaitu: Pertama, transformasi melalui jalan perundang-undangan, dan Kedua transformasi melalui jalan putusan (yurisprudensi) pengadilan. Transformasi hukum Islam melalui jalan perundang-undangan antara lain menggunakan teori pertingkatan hukum. Adapun gambaran pertingkatan hukumnya sebagai berikut, yaitu (1) nilai-nilai Islam baik yang terdapat dalam al-Qur'an maupun dalam as-Sunnah, (2) nilai-nilai Islam tersebut dibuat asas- asas hukum dan penuangannya dalam hukum nasional, dan (3) terapannya dalam hukum positif (perundang-undangan) serta penegakannya.

Transformasi hukum Islam ke dalam hukum nasional melalui jalan putusan (yurisprudensi) pengadilan masih sedikit pengkajiannya. Dalam disertasi

ini berusaha untuk meneliti hal tersebut dengan pendekatan yang komprehensip mulai wujud putusan, pertimbangan hukum dalam putusan, metode ijtihad dalam putusan, peran ijtihan dalam putusan sampai pada sumbangan putusan itu terhadap hukum nasional. Tidak pula kurang pentingnya yaitu putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama dapat mentransformasikan, melahirkan dan mengadaptasi ajaran (doktrin) hukum menurut ajaran Islam menjadi ajaran (doktrin) dalam sisten hukum nasional. Hasil penelitian ini dituangkan dalam bab V dan disimpulkan dalam bab VI. Di bawah ini dijelaskan kajian pustaka tentang transformasi hukum Islam ke dalam hukum nasional dengan variablel-variabel sebagai berikut.

2.1 Kedudukan Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional

Masyarakat Muslim Indonesia merupakan jumlah penduduk yang terbesar dibanding dengan jumlah penduduk agama yang lain yaitu diperkirakan sebesar 87 persen.[125] Karakteristik masyarakat Indonesia berpaham Ketuhanan, untuk itu dapat dikatakan bahwa paham kemasyarakatan bangsa Indonesia adalah Ketuhanan, yang dalam Pancasila dinyatakan "Ketuhanan Yang Maha Esa".

Hal ini dapat diketahui dan terjamin secara hukum, antara lain dalam (1) Mukaddimah UUD Negara Republik Indonesia 1945 yang dinyatakan, "Atas berkat rahmat Allah Yang Maha Kuasa", serta (2) Pasal 29 UUD Negara Republik Indonesia 1945 dinyatakan, (a) Negara berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, (b) Negara menjamin Kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memilih

[125] Data Statistik Jumlah Penduduk Muslim di Indonesia dari Kementrian Agama, Jakarta tahun 2010.

agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu.

Rumusan tersebut dalam Pansasila dan UUD Negara Republik Indonesia 1945, jelas menunjukkan bahwa "Allah yang menjadi sumber proklamasi", di mana proklamasi itu sebagai sumber awal pembentukan Negara Repulik Indonesia yang merdeka dan berdaulat, apalagi ditambah lagi pernyataan dalam Dekrit Presiden 5 Juli 1959 yang memberlakukan kembali UUD 1945, bahwa Piagan Jakarta menjiwai dan merupakan rangkaian kesatuan dengan konstitusi. Maka sangat tidak diragukan lagi, bahwa hukum Allah wajar menjadi sumber hukum nasional Indonesia sejalan dan seiring dengan Pancasila.[126]

Negara Indonesia tidak memisahkan agama dari negara, urusan agama menjadi bagian resmi dari urusan negara, bahkan menempatkan agama antara lain Islam sebagai sumber moral, etik dan spiritual bagi pembangunan nasional.[127] Di negara lain pada umumnya orang hanya melihat dua alternatif dalam hubungan antara agama dan negara, yaitu: (1) Negara agama yang berdasarkan satu agama tertentu, dan (2) Negara sekuler yang memisahkan agama dari Negara. Bangsa Indonesia mempunyai alternatif lain, yaitu "Negara Pancasila". Negara Pancasila bukan negara yang berdasarkan satu agama, tetapi juga bukan negara sekuler, dalam arti memisahkan agama dari negara.

Di Indonesia negara tidak identik dengan agama tertentu, tetapi negara tidak melepaskan agama dari urusan negara. Keterkaitan agama dan negara di

---

[126] Anwar Harjono, "al-Qur'an sebagai Sumber Hukum Nasional," *Mimbar Hukum No. 21 Thn. VI 1995*, hal. 8.

[127] Ahmad Sukadja, "Keberlakuan Hukum Agama dalam Tata Hukum Indonesia," *Mimbar Hukum No.23 Thn. VI 1995, hal. 10.*

Indonesia itu dapat dilihat dari lembaga-lembaga keagamaan, peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan agama atau kehidupan keagamaan dan kebijakan lain yang bertalian dengan kehidupan keagamaan. Keterkaitan antara agama dan negara dalam praktek, tampaknya tergantung kepada semangat para penyelenggara negara.[128]

Di antara ciri negara tidak sekuler adalah adanya institusi-institusi dan perundang-undangan dalam bidang keagamaan yang resmi dibentuk oleh pemerintah. Di antara lembaga keagamaan yang resmi diadakan oleh pemerintah di Indonesia adalah Departemen Agama, lembaga pendidikan keagamaan negeri, dan Peradilan Agama, dan ketiganya ini cukup kuat untuk membuktikan bahwa negara Kesatuan Kepublik Indonesia meskipun bukan negara teokrasi, ia bukan negara sekuler. Negara RI yang ber-UUD 1945 cukup terbuka untuk mengakomodasi institusi keagamaan Islam.[129] Dengan demikian agama di negara Pancasila dihormati secara yuridis dan dipraktekkan dalam kenyataan dan merupakan refleksi sinergi yang mendalam antara paham kebangsaan dan paham keagamaan.

Eksistensi hukum Islam sejak dulu dipahami sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari kesadaran masyarakat Indonesia mengenai hukum dan keadilan yang memang jelas keberadaan atau eksistensinya dalam kerangka hukum nasional. Secara instrumental banyak ketentuan perundang-undangan Indonesia yang telah mengadopsi berbagai materi hukum Islam kedalam pengertian hukum nasional.

---

[128] *Ibid.*, hal. 11.
[129] *Ibid.*, hal. 15.

Untuk itu kedudukan hukum Islam dalam negara republik Indonesia sangat kuat secara yuridis konstitusional yang dinyatakan Pasal 29 ayat (1) Undang-undang Dasar Republik Indonesia 1945. Dalam pasal tersebut terdapat kaidah yang fundamental,[130] yaitu (1) Dalam Negara Indonesia tidak boleh ada atau tidak boleh berlaku hukum yang bertentangan dengan kaidah-kaidah agama yang berlaku bagi pemeluk agama di tanah air kita, (2) Negara wajib menjalankan *syari'at* semua agama yang berlaku di Indonesia, kalau untuk menjalankan *syari'at* itu memerlukan bantuan kekuasaan negara, ini berarti negara wajib mengatur dan menjalankan hukum yang berasal dari ajaran agama untuk kepentingan bangsa Indonesia kalau pelaksanaannya memerlukan bantuan penyelenggara negara, dan (3) *Syari'at* yang tidak memerlukan kekuasaan negara untuk melaksanakannya karena dapat dijalankan sendiri oleh setiap pemeluk agama yang bersangkutan menjadi kewajiban pribadi pemeluk agama itu sendiri untuk menjalankannya menurut ketentuan agamanya masing-masing.

Dalam politik hukum nasional, kedudukan hukum Islam itu jelas, merupakan salah satu komponen tata hukum Indonesia, menjadi salah satu bahan baku pembentukan hukum nasional Indonesia, yang di dalam hukum Islam terdapat dua bidang, yaitu ibadah dan mu'amalah. Pengaturan hukum yang bertalian dengan bidang ibadah bersifat rinci, sedangkan pengaturan hukum yang menyangkut mu'amalah hanya mengatur prinsip-prinsipnya saja. Pengembangan dan aplikasi prinsip-prinsip tersebut diserahkan sepenuhnya kepada para penyelenggara negara dan pemerintahan yakni para *ulil amri.*

---

[130] Mohammad Daud Ali, "Hukum Islam dalam Negara Republik Indonesia," *Mimbar Hukum No. 29 Thn. VII 1996,* hal. 10– 13,

Kedudukan hukum Islam dalam pembangunan hukum nasional menjadi jelas. Di samping hukum-hukum yang lain, hukum Islam akan menjadi bahan baku penyusunan hukum nasional Indonesia. Ini berarti bahwa sesuai dengan kedudukannya sebagai salah satu sumber bahan baku dalam pembentukan hukum nasional, hukum Islam sesuai dengan kemauan dan kemampuan yang ada padanya, dapat berperan aktif dalam proses pembinaan hukum nasional.[131] Lebih-lebih hukum Islam dalam memasuki dan menghadapi agenda reformasi hukum nasional.

Reformasi nasional tidak dapat dipisahkan dari reformasi hukum, yang di lamnya termasuk reformasi perundang-undangan (*instrumental reform*), selain reformasi kelembagaan (*institutional reform*) dan reformasi budaya (*cultural reform*). Kedudukan hukum Islam dalam sistem hukum nasional yang berkaitan dengan perkembangan praktek hukum *mu'amalat* di bidang kegiatan perbankan dan perasuransian serta pembiayaan pada umumnya menunjukkan dengan sendirinya pemberlakuan sistem hukum Islam itu nantinya dapat meluas ke bidang-bidang yang didukung oleh sistem keuangan berdasarkan sistem syari'at itu.

Pada era reformasi ini akan terbuka lebar terjadinya kompetisi saling mempengaruhi budaya masyarakat dan pada waktu bersamaan ada kesempatan pula bagi masyarakat untuk menentukan pilihannya sebagai perwujudan hak asasi manusia, termasuk untuk menentukan jenis dan model hukum yang akan dipakai. Undang-undang adalah hasil lembaga legislatif, yang sebelum diputuskan menjadi

---

[131] *Ibid.*, hal. 14.

sebuah undang-undang berupa konsep-konsep dan teori yang sangat bebas untuk kompetisi satu sama lainnnya. Ketika kita sadari bahwa undang-undang itu produk lembaga legislatif, maka di sinilah hukum Islam atau juga jenis teori hukum lainnya mempunyai posisi atau bahkan peran sebagai sumber undang-unndang tadi. Bahkan ketika kita melihat kenyataan sosiologis bahwa moyoritas masyarakat yang ada adalah pemeluk Islam, maka sangat terbuka lebar bahwa undang-undang atau hukum positif itu bersumber dari hukum agama dalam hal ini hukum Islam atau setidaknya setiap undang-undang tidak bertentangan dengan hukum Islam. Bahkan sebenarnya bukan hanya kemungkinan hukum Islam menjadi sumber hukum positif, namun juga sangat mungkin menjadi sumber hukum Adat atau lebih tepatnya hukum kebiasaan (*customary* atau *common law*).[132]

Dalam keadaan yang sangat terbuka sebagai konsekuensi era reformasi hukum Islam atau fikih mempunyai peran lebih besar sebagai sumber hukum nasional. Arti sumber di sini akan mengalami perkembangan yang sangat signifikan, bukan saja dalam sistem peradilan yang sudah tegas dalam lingkungan Peradilan Agama, namun juga dalam sistem peradilan (meliputi materi hukum dan sistem kerja peradilan dalam rangka supremasi hukum) yang lebih luas. Termasuk dalam konteks ini menempatkan fikih dalam salah satu bentuk ilmu hukum dalam dunia hukum, yang dapat memberi arti bahwa fikih atau hukum Islam menjadi

[132] A. Qodri Azizy, "Hukum Islam sebagai Sumber Hukum Positif dalam Reformasi Hukum Nasional," *Mimbar Hukum No. 54 Thn. XII 2001*, hal. 81.

sumber kajian dalam dunia ilmu hukum dan sekaligus menjadi sumber hukum materiil.[133]

Dengan demikian reformasi total di Indonesia menjadi kesempatan dan sekaligus tantangan bagi kajian hukum Islam yang harus mampu bersifat empiris dan realistis. Hukum Islam harus mampu berperan dan berdaya guna untuk keperluan kehidupan umat Islam dan bangsa Indonesia pada umumnya, dengan demikian sangat berpeluang besar bagi kedudukan hukum Islam di Indonesia yang berkontribusi dalam pembangunan hukum nasional.

Pembangunan hukum nasional tidak bisa dilepaskan dari politik hukum suatu negara yang memberi jawaban tentang dari mana "bahan baku" hukum yang akan dipergunakan dalam menyusun suatu hukum, bagaimana wujud hukum yang akan dibentuk, apakah hukum tertulis atau hukum tidak tertulis. Apakah aturan-aturan hukum itu akan dituangkan dalam kodifikasi atau tidak, dan apakah sifatnya unifikasi atau deferensiasi. Di sini harus sesuai dengan hukum ketata negaraan yang berlaku di Indonesia.[134]

Bagaimana perspektif dan kemungkinan perkembangan kontribusi hukum Islam di Indonesia pada masa yang akan datang? Unuk melihat hal tersebut Bagir Manan mengetengahkan tiga kajian, yaitu (1) pengertian (*begrip*) hukum Islam, (2) subyek hukum Islam, dan (3) obyek hukum Islam.[135] Kontribusi dalam bentuk asas-asas hukum sangat penting mengingat bahwa, (a) asas-asas

---

[133] *Ibid.*, hal. 85.

[134] Zainal Abidin Abubakar, " Pengaruh Hukum Islam dalam Sistem hukum Nasional Indonesia," *Mimbar Hukum No. 9 Thn. IV 1993.* hal. 58.

[135] Syamsulhadi Irsyad, " Politik Hukum Nasional dan Jalur-jalur Kontribusi Hukum Islam," *Mimbar Hukum No. 29 Thn. VII 1996*, hal. 24.

hukum merupakan unsur yang mendasari kaidah hukum, sehingga apabila asas-asas hukum Islam tertentu dapat diterima sebagai asas hukum nasional, maka seluruh kaidah hukum akan mendapat jiwa dan semangat dari asas tersebut, (b) asas hukum berisi dan mencermenkan prinsip-prinsip yang terkandung dalam cita hukum, fungsi dan tujuan hukum. Adanya asas hukum akan menjamin penerapan dan penegakan hukum yang adil, tepat dan bermanfaat bagi individu maupun masyarakat. Asas hukum merupakan kendali agar kaidah hukum tidak diterapkan atau ditegakkan secara menyimpang dari cita hukum, fungsi dan tujuan hukum, dan (c) asas hukum merupakan instrumen dinamisator suatu kaidah, sehingga dapat diterapkan dan ditegakkan secara adil, benar, tepat dan bermanfaat bagi individu dan masyarakat.

Mengenai kemungkinan kontribusi kaidah-kaidah hukum Islam perlu pemahaman karakteristiknya antara lain, yaitu (a) Kaidah-kaidah hukum Islam secara normatif semata-mata akan berlaku bagi orang-orang yang beragama Islam dan kaidah-kaidah hukum yang bersifat umum yang dapat diperlakukan pada semua orang yang harus tanpa menyentuh kepercayaan (agama) dari yang bersangkutan, dan (b) Kaidah-kaidah hukum yang berkaitan dengan ibadah dan *mu'amalat*. Hal yang bersifat ibadah (dalam arti sempit) hanya berlaku bagi mereka yang beragama Islam. Hal-hal yang menyangkut *mu'amalat*, ada pula yang berlaku bagi mereka yang beragama Islam dan dapat berlaku secara umum.

Tentang subyek hukum Islam. Dalam system hukum positif yang berlaku, subyek hukum Islam adalah orang-orang yang beragama Islam. Apakah hukum mengandung pula subyek hukum bagi mereka yang tidak bergama,

tergantung pada karakter dari asas dan kaidah hukum Islam. Suatu asas atau kaidah akan berlaku umum, apabila (a) Perlakuan kaidah hukum tersebut bersifat netral, artinya tidak berkaitan dengan kepercayaan yang dianut, (b) Harus dapat dibuktikan bahwa kaidah hukum Islam tersebut akan menjamin secara universal berlakunya tujuan hukum, dan (c) Harus dapat dibuktikan bahwa asas dan kaidah hukum Islam tersebut mampu memenuhi kebutuhan masyarakat umum.

Tentang obyek hukum Islam dalam kajian hukum Islam cakupannya lebih luas, tidak hanya hukum keduniaan saja (mu'amalah), tetapi menyangkut juga hukum ibadah. Dalam hukum bidang mu'amalah lebih banyak mengandung norma yang memberikan kontribusi masuknya hukum Islam dalam hukum positif, sehingga masa yang akan datang perlu dipikirkan kontribusi yang lebih mengarah pada peranan hukum Islam dalam mempengaruhi isi hukum nasional. Untuk itu, jalur kontribusi hukum Islam, ditinjau dalam perspektif pembinaan hukum nasional dapat lewat peraturan perundang-undangan, melalui yurisprudensi, hukum kebiasaan dan putusan-putusann lain yang bukan peraturan perundang-undangan.[136]

Wujud hukum Islam melalui peraturan perundang-undangan dapat terjadi pada setiap peraturan perundang-undangan, tetapi saat ini masih terbatas, karena beberapa hal sebagai berikut, yaitu (a) Sampai saat ini usaha menempatkan hukum Islam dalam pereturan perundang-undangan nasional lebih ditentukan pada peraturan yang has berlaku bagi mereka yang beragama Islam, (b) Belum banyak diungkapkan dimensi-dimensi hukum Islam yang berkaitan dengan

---

[136] *Ibid.*, hal. 27.

kehidupan kebangsaan secara keseluruhan yang dapat diserap dalam peraturan perundang-undangan nasional, dan (c) Pemikiran memasukkan hukum Islam dalam sistem perundang-undangan nasional belum banyak diarahkan pada asas-asas hukum yang umum yang dapat berlaku secara umum.

Terdapat beberapa pintu Kontribusi hukum Islam dalam hukum nasional antara lain melalui yurisprudensi.Yurisprudensi merupakan instrument lain dalam pembentukan hukum. Peraturan perundang-undangan di Mahkamah Agung, mewajibkan hakim untuk menemukan hukum yang tepat dalam menetapkan suatu putusan. Hal ini diperlukan agar hakim dalam memberikan keadilan bertindak sebagaimana mestinya. Dalam hal demikian, hakim dapat menggunakan asas atau kaidah hukum Islam yang dipandang dapat menemukan rasa keadilan bagi pencari keadilan. Kontribusi melalui pengembangan hukum kebiasaan, merupakan tantangan tersendiri bagi umat Islam untuk menjadikan setiap hukum Islam sebagai "*way of life*" nya. Apabila hukum Islam telah menjadi suatu kenyataan yang berakar dari kehidupan masyarakat, maka hukum tersebut akan berlaku dan dijalankan tanpa harus menunggu pengukuhan oleh perundang-undangan.

Fungsionalisasi hukum Islam memerlukan proses tahapan, yaitu tahap pembuatan (formulasi), tahap penerapan (aplikasi) dan tahap pelaksanaan (eksekusi). Dalam rangka pelaksanaan hukum Islam diperlukan peraturan perundang-undangan dari pemerintah, sebagai dasar pelaksanaan dan kepastian hukum bagi negara yang berpredikat negara hukum.

Adapun pelaksanaan hukum Islam di Indonesia dapat dilakukan melalui beberapa jalur,[137] Jalur pertama, adalah jalur iman dan taqwa. Melalui jalur ini pemeluk agama Islam dalam Negara Republik Indonesia ini dapat melaksanakan hukum Islam yang merupakan bagian dan berasal dari agama Islam, intensitas pelaksanaannya tergantung pada kualitas keimanan dan ketaqwaan yang ada pada diri muslim yang bersangkutan.

Jalur kedua, yaitu jalur peraturan perundang-undangan, seperti Undang-undang Perkawinan, Undang-undang Peradilan Agama, Kompilasi Hukum Islam, Undang-undang Pengelolaan zakat, Undang-undang Penyelenggaraan Haji, Undang-undang Perwakafan dan sebagainya. Jalur ketiga, yaitu pelaksanaan hukum Islam bidang mu'amalah, dengan melakukan perbuatan atau transaksi tertentu di Bank Mu'amalat, Badan Perkreditan (BPR) Syari'ah dan asuransi takaful, orang telah memilih hukum atau syari'at Islam, menguasai perbuatan atau transaksi itu, sebab semua perbuatan atau transaksi yang dilakukan pada tiga lembaga itu diatur menurut hukum Islam.

Jalur keempat, yaitu melalui BAMUI (Badan Arbritase Mu'amalat Indonesia) dapat juga dilaksanakan hukum mu'amalat Islam. Melalui badan arbitrase yang didirikan oleh Majelis Ulama ndonesia (MUI) Pusat ini para pengusaha, pedagang dan para industriawan atas kesepakatan bersama dapat memilih hukum Islam untuk menyelesaikan sengketa mereka secara damai di luar pengadilan.

---

[137] Mohammad Daud Ali, "Hukum Islam dalam Negara Republik Indonesia," *op. cit.*, hal. 14-15.

Jalur kelima, yaitu penerapan hukum Islam dilakukan oleh Lembaga Pusat Penelitian Obat/Kosmetik dan Makanan (LPP-OM) yang juga didirikan oleh Majelis Ulama Indonesia. Lembaga ini mementukan apakah suatu produk obat-obatan, kosmetik, makanan dan minuman halal atau haram dikonsumsi oleh umat Islam. Jalur keenam, yaitu jalur pembinaan atau pembangunan hukum nasional. Unsur-unsur (asas dan norma) hukum Islam akan berlaku dan dilakukan bukan hanya bagi dan oleh umat Islam, tetapi juga oleh penduduk Indonesia, terutama oleh warga Negara republic Indonesia.

2.2 Hukum Islam dan Pemikirannya di Indonesia

Sebelum membahas hukum Islam dalam perkembangan pemikiran di Indonesia, dijelaskan lebih dulu tentang apa itu Islam. Islam sebagai agama terakhir dan diwahyukan kepada Nabi yang terakhir pula telah dijamin oleh Allah kesempurnaan ajarannya. Kesempurnaan di sini mengacu kepada aturan-aturan yang terkandung di dalamnya, yakni telah mengatur kehidupan manusia dari seluruh aspeknya yang berpusat pada tauhid. Sebagai agama wahyu terakhir, yang tetap mutakhir, Islam merupakan satu sistem akidah dan syari'ah serta akhlak yang mengatur tingkah laku manusia dalam berbagai hubungan manusia dengan dirinya sendiri, masyarakat, alam atau mahluk lainnya.[138]

[138] Mohammad Daud Ali, *Agama Islam*, Cet. Keenam (Jakarta: Koordinatorat MKDU Agama Universitas Indonesia, 1994) hal. 14.

Islam adalah *al-din* (*the religion*). Istilah *al-din* hanya ada dalam al-Qur'an.[139] Dua ayat berikut ini dengan tegas menyatakan bahwa Islam adalah *al-din*. Pernyataan ini tercantum dalam *surat Ali-Imran (3):19* yang berbunyi,

"*Inna al-dina 'inda Allahi al-Islamu....*" ("Sesungguhnya agama yang diridhai di sisi Allah hanyalah Islam …. "). Pernyataan yang sama tercantum pula dalam *surat al-Maidah (5): 3* yaitu " *...al-yauma akmaltu lakum diinakum wa atmamtu 'alaikum ni'matii wa radhitu lakum al-Ialaama dinaa ...*" ("… pada hari ini telah Ku sempurnakan untuk kamu agamamu dan telah Ku-cukupkan nikmat-Ku dan telah Ku-ridhai Islam itu jadi agama bagimu …".

Islam adalah agama yang unik jika dibandingkan dengan agama-agama lain, terutama dengan agama wahyu sebelumnya, yakni agama Yahudi dan Nasrani. Ia mempunyai corak tersendiri yang bersifat *sui generic* (mempunyai corak dan sifat sendiri dalam jenisnya) karena dalam banyak hal agama Islam itu berbeda dengan agama lain itu.[140]

Berbeda dengan agama-agama lain yang namanya dihubungkan dengan manusia yang mendirikan atau yang menyampaikan agama tersebut atau tempat lahir agama yang bersangkutan seperti agama Budha dan agama Yahudi misalnya. Nama agama yang disampauikan oleh Nabi Muhammad ini tidak dihubungkan dengan nama orang yang menyampaikan wahyu tersebut atau dengan tempat agama itu mula-mula tumbuh dan berkembang. Juga, nama itu tidak diberikan oleh para penganutnya atau oleh orang lain kemudian hari.[141] Islam adalah kata benda yang berasal dari kata kerja *salima*. Akarnya adalah *S-L-M*. Dari akar kata ini termasuk kata-kata *salm, siml,* dan sebagainya. Arti yang terkandung oleh perkataan Islam itu adalah kedamaian, kesejahteraan,

---

[139] Muhammad Tahir Azhari, *Negara Hukum*, Cet. 1 (Jakarta: Bulan Bintang, 1992), hal. 21.
[140] Mohammad Daud Ali, Agama Islam, *op. cit.*, hal. 14.
[141] *Ibid.*, hal. 15.

keselamatan, penyerahan (diri), kepatuhan. Dari kata *salm* tersebut di atas, timbul ungkapan *assalamu'alaikum* yang telah membudaya dalam masyarakat Indonesia, artinya semoga anda (selamat) sejahtera.[142]

Islam, seperti yang dikemukakan di atas mempunyai makna sejahtera, damai dan juga berarti tunduk, patuh, dan menerima kehendak Allah. Orang yang tunduk, patuh, taat dan menerima kehendak Allah disebut muslim. Nama inipun terdapat dalam *al-Qur'an surat az-Zumar (39):12* yang berbunyi, *"Waumirtu lian akuna awwalal muslimin"* ("Dan aku diperintahkan supaya menjadi orang yang pertama-tama berserah diri".[143]

Allah telah mengakhiri agama-agama di dunia ini dengan Islam dan memberikan kepada Muhammad suatu Syari'ah yang menggantikan syari'ah sebelumnyaah, ini merupahan suatu bukti bahwa Islam itu merupakan agama yang benar dan cocok pada setiap ruang dan waktu.[144] Inilah syari'ah yang diberikan oleh Allah swt. Sesuai dengan firman-Nya dalam *surat Ali-Imran (3):85* yang berbunyi,

"Waman yabtaghi ghaira al-Islami diinan falan yukbala minhu wahuwa fi al aakhirati mina al khasiriina" ("Barang siapa mencari agama selain agama Islam, maka tidaklah akan diterima (agama itu) dari pada-Nya dan ia di akhirat termasuk orang yang merugi").

Pengertian Islam di atas, apabila dihubungkan dengan hukum, menjadi hukum Islam. Hukum Islam tidak dapat dilepaskan dengan *al-dinul Islami* dan ia

---

[142] ***Ibid.***, hal 15.

[143] ***Ibid.***, hal. 18-19.

[144] Solah Abdul Qadir al-Bakri, *Islam Segenap Umat Manusia, Tinjauan Mengenai Beberapa Segi dalam Hukum Islam*, Terjemahan oleh Hasanuddin, Cet. 1, (Jakarta: Litera Antar Nusa, 1989), hal. 9.

merupakan bagian darinya.[145] Konsep *al-din* dalam al-Qur'an memiliki dua dimensi baik religius maupun kemasyarakatan maka wahyu Allah yang telah dibukukan dalam kitab suci al-Qur'an dan diperjelas dalam *Sunnah Rasul* berisi perangkat kaidah yang mengatur bagaimana seharusnya manusia sebagai mahluk Allah dan *khalifah-Nya* atau pengelola bumi dan lingkungan hidup manusia berperilaku, baik dalam melaksanakan hubungannya dengan Allah yang telah menciptakannya maupun dengan sesama manusia dalam suatu masyarakat atau negara bahkan hubungan antar negara dan hubungan manusia dengan lingkungan hidupnya.

Para sarjana membagi *al-din al-Islami* menjadi tiga komponen yaitu, akidah, syari'ah dan akhlak. Ketiga komponen ini merupakan totalitas yang tidak dapat dipisahkan.[146] Akidah dapat diartikan sebagaisatu sistem keyakinan yang bersifat *monotheist* murni yang hanya ada pada Islam. Syari'ah merupakan perangkat kaidah yang mengatur perilaku manusia yang mencakup dua aspek hubungan, yaitu hubungan manusia dengan Allah (vertikal) atau ibadah dan hubungan manusia dengan manusia lain serta alam lingkungan hidupnya (horizontal) atau mu'amalah (kemasyarakatan). Akhlak berisi seperangkat norma, nilai etik dan moral. Akhlak merupakan sistem etik dalam Islam. Bagaimana seharusnya manusia bersikap dan bertingkah laku dalam melaksanakan hubungannya baik dengan Allah sebagai *Al-Khaliq* (pencipta seluruh alam semesta dengan segala isinya) maupun sesama makluk (yang diciptakan yaitu

---

[145] Muhammad Tahir Azhari, Negara Hukum, *op. cit.*, hal. 22.
[146] *Ibid.*, hal. 22.

manusia, hewan, tumbuh-tumbuhan, dan seluruh alam semesta ini) diatur menurut akhlak Islam.[147]

Sebelum didefinisikan tentang hukum Islam, di atas telah dijelaskan tentang arti Islam secara komprehensip. Di sini perlu dijelaskan pengertian hukum, yaitu peraturan-peraturan atau seperangkat norma yang mengatur tingkah laku manusia dalam suatu masyarakat, baik peraturan atau norma itu berupa kenyataan yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat maupun peraturan atau norma yang dibuat dengan cara tertentu dan ditegakkan oleh penguasa. Bentuknya mungkin berupa hukum tidak tertulis seperti hukum Adat, mungkin juga berupa hukum tertulis atau peraturan perundang-undangan seperti hukum Barat.[148]

Berbeda dengan hukum Barat, yaitu hanya bersumber pada rasio manusia, mengatur tingkahlaku manusia yang bersifat duniawi (*sekuler*) saja. Hukum Islam bersumber pada al-Qur'an, Sunnah Rasul dan ijtihad (*al-ra'yu*), berupa kaidah-kaidah normatif dan kesusilaan yang bersifat duniawi dan ukhrawi. Untuk itu sangat berbeda antar sifat dan hakekat hukum Islam dengan hukum Barat. Ada lima sifat hukum Islam, yaitu: (1) *bidimensional*, (2) adil, (3) individualistik/kemasyarakatan, (4) komprehensip dan (5) dinamis. Adapun hakekat hukum Islam ialah syari'ah yang merupakan "cara hidup" yang berasal dari nilai-nilai abadi dan mutlak diwahyukan dengan jalan keseluruhan *amanat al-*

---

[147] *Ibid.*, hal. 24.
[148] Muhammad Daud Ali, Hukum Islam, *op. cit.*, hal. 45-46.

Qur'an.[149] Untuk itu dapat didefinisikan, hukum Islam adalah hukum yang bersumber dan menjadi bagian dari agama Islam.[150]

Dalam sistem hukum Islam ada lima hukum atau kaidah yang dipergunakan sebagai patokan mengukur perbuatan manusia baik di bidang *ibadah* maupun dilapangan *mu'amalah*. Kelima jenis kaidah tersebut disebut *al-ahkam al- khamsah* atau penggolongan hukum yang lima, yaitu: (1) *Jaiz* atau *mubah* atau *ibahah*, (2) Sunnah, (3) *makruh*, (4) wajib, dan (5) haram.[151]

Al-ahkam al- khamsah, yaitu lima kaidah, norma atau kategori hukum sebagai tolok ukur untuk menentukan setiap perbuatan yang dilakukan oleh seseorang dalam segala bidang kehidupan tersebut di atas, pengertian kaidah-kaidah tersebut di atas adalah sebagai berikut,[152](a) *Jaiz* atau *mubah* atau *ibahah* ialah ukuran untuuk segala perbuatan yang dibolehkan karena itu disebut kebolehan. Kebolehan adalah hak yang ada pada setiap orang yang berupa wewenang terbuka yang tidak berimbalan kewajiban. Kaidak ini berlaku dalam lingkungan hidup kesusilaan pribadi, (b) Sunnah ialah ukuran ukuran bagi segala perbuatan yang dianjurkan, karena itu disebut anjuran, (c) *makruh* ialah ukuran untuk segala perbuatan yang dicela karena itu disebut celaan. Bersama dengan *jaiz,* Sunnah dan *makruh* berlaku di lapangan hidup kesusilaan umum atau disebut moral sosial, (d) wajib atau *fardh* ialah ukuran bagi semua perbuatan yang diwajibkan. Oleh karena itu, disebut kewajiban yang harus dilaksanakan oleh seseorang, dan (e) haram ialah ukuran untuk semua pekerjaan yang dilarang

---

[149] Muhammad Tahir Azhari, Negara Hukum, *op. cit.*, hal. 51.
[150] Mohammad Daud Ali, Hukum Islam, *op. cit.*, hal. 45.
[151] ***Ibid.***, hal. 74.
[152] Mohammad Daud Ali dan Hj. Habibah Daud, *Lembaga-lembaga Islam di Indonesia*, Cet. 1, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 1995), hal. 129-130.

karena itu disebut larangan. Kaidah *fardh* atau wajib dan haram berlaku dalam ruang lingkup hukum duniawi.

Ada dua istilah yang dipergunakan untuk menunjukkan hukum Islam, yakni istilah (1) syari'ah Islam dan (2) Fikih Islam.[153] Perbedaan yang mencolok adalah sebagai berikut.[154] (a) Syari'ah (Islam) terdapat dalam al-Qur'an dan kitab-kitab Hadits. Oleh karena itu, kalau kita bicara tentang syari'ah, yang dimaksud adalah wahyu Allah dan Sunnah Nabi Muhammad sebagai asul-Nya). Fikih terdapat dalam kitab-kitab fikih. Oleh karena itu pula, kalau kita bicara tentang fikih, yang dimaksud adalah pemahaman dan hasil perumusan manusia yang memenuhi syarat tentang *syari'at* tersebut, (b) *Syari'at* bersifat fundamental dan mempunyai ruang lingkup yang lebih luas dari fikih, karena di dalamnya, menurut para ahli, termasuk akidah dan akhlak, fikih bersifat instrumental dan ruang lingkupnya terbatas pada apa yang biasa disebut sebagai tindakan atau perbuatan hukum, (c) Syari'ah adalah ciptaan atau ketetapan Allah serta ketentuan atau Sunnah Rasulnya. Oleh karena itu, syari'ah berlaku abadi sepanjang masa di manapun juga. Fikih adalah karya manusia, yang dapat diubah dan berubah dari masa di suatu tempat yang berbeda, (d) Syari'ah hanya satu, sedangkan fikih mungkin lebih dari satu, seperti terlihat misalnya pada aliran-aliran hukum yang disebut dengan istilah *madzahib* atau *madzhab-mazdhab* itu, dan (e) Syari'ah menunjukkan kesatuan, sedangkan fikih menunjukkan keberanekaragaman dalam Islam.

---

[153] Mohammad Daud Ali, Hukum Islam, *op. cit.*, hal. 51.

[154] Mohammad Daud Ali dan Hj. Habibah Daud, Lembaha-lembaga Islam di Indonesia, *op. cit.*, hal. 51-52.

Untuk itu, dapat dikatakan bahwa hukum Islam itu di dalamnya terdapat dua unsur, yaitu unsur *al-stabat* (stabil) dan unsur *tathawwur* (dinamis). Unsur stabil terdapat dalam ajaran-ajaran yang ditegaskan dalam al-Qur'an dan Sunnah Rasulullah, sedangkan unsur dinamis terdapat dalam hukum-hukum yang dalam pembentukannya akal pikiran manusia berperan, terutama hukum Islam yang di dalam pembentukannya oleh para *mujtahid* didasarkan atas *'urf* (adat istiadat).[155]

Dari penjelasan di atas dapat disimpulkan bahwa syari'ah bersifat stabil dan tidak berubah, sedangkan fikih dapat berubah, berfariasi, sesuai dengan tingkat kemampuan daya nalar para *mujtahid*, ia berkembang tetapi tetap hukum yang *Qur'ani*. Dalam praktik sering kali, kedua istilah itu dirangkum dalam kata hukum Islam, tanpa menjelaskan apa yang dimaksud. Ini dapat dipahami karena hubungan keduanya memang sangat erat, dapat dibedakan tetapi tidak mungkin diceraipissahkan. Syari'ah adalah landasan fikih, fikih adalah pemahaman tentang syari'ah.[156]

Adapun tujuan hukum Islam baik dalam arti syari'ah maupun arti fikih di atas secara umum sering dirumuskan bahwa tujuan hukum Islam adalah kebahagiaan manusia di dunia ini dan di akhirat kelak, dengan jalan mengambil (segala) yang bermanfaat dan mencegah atau menolak yang *mudarat* yaitu yang baik berguna bagi hidup dan kehidupan. Dengan kata lain, tujuan hukum Islam adalah kemaslahatan hidup, baik ruhani maupun jasmani, individu dan sosial.

---

[155] Satria Efendi M. Zein, "Pengkajian dan Pengembangan Metodologi Hukum Fikih Islam," Seminar Hukum Islam dan Perubahan Sosial, Semarang 16 Oktober 1990, hal. 16-17.

[156] Mohammad Daud Ali, Hukum Islam, *op. cit.*, hal. 51-52.

Kemaslahatan itu tidak hanya untuk kehidupan di dunia ini saja, tetapi juga untuk kehidupan di akhirat nanti.[157]

Keberadaan hukum Islam, kalau ditinjau dari sumber produk asalnya ada 2 (dua), yaitu produk wahyu dan produk akal. Pertama, hukum Islam produk wahyu disebut syari'ah, bersifat *qath'i*, *ta'abbudy*, berlaku universal, bersumber al-Qur'an dan as-Sunnah. Sedangkan yang kedua, yaitu hukum Islam produk akal, disebut fikih, bersifat *dhanny*, *ta'aqquly*, berlaku kondisional, bersumber akal manusia melalui sumber hukum Islam yang ketiga, yaitu *al-ra'yu* (via ijtihad).

Arti sumber adalah asal. Apabila kata sumber itu dihubungkan dengan hukum Islam menjadi sumber hukum Islam, berarti asal keberadaan hukum Islam itu. Sesuai Hadits Mu'az bin Jabal, ketika ia diangkat oleh Nabi Muhammad saw. Untuk menjadi penguasa di Yaman. Sebelum ia berangkat, ia diuji oleh Rasulullah sebagai berikut.

> "Dengan apa engkau akan mengadili", Muaz menjawab, "Dengan Qur'an". Rasulullah bertanya, "Jika engkau tidak mendapatkan hukum dalam al-Qur'an?, Mu'az menjawab, " maka aku mengikuti tradisi Nabi Muhammad". Kemudian, Rasulullah bertanya lagi, "bagaimana jika engkau tidak dapat mendapatkan petujuk dari tradisi Nabi?, Mu'az menjawab, "Dalam keadaan semacam itu, aku menggunakan pikiranku". Mendengar jawaban Mu'az tersebut, Nabi Muhammad sangat gembira dan berkata: "Segala puji bagi Tuhan yang telah memberi petunjuk kepada utusan-Nya (Hadits Riwayat Ahmad, Abu Daud dan Turmuzi).[158]

Dari Hadits Mu'az bin Jabal tersebut di atas, dapatlah disimpulkan bahwa,[159](a) Sumber hukum Islam itu ada tiga, yaitu (1) al-Qur'an, (2) as-Sunnah, dan (3) *al-ra'yu* (akal pikiran) manusia yang memenuhi syarat untuk berijtihad.

---

[157] *Ibid.*, hal. 60.

[158] H.M. Rasjidi, *Hukum Islam dan Pelaksanaannya dalam Sejarah*, cet. 1 (Jakarta: Bulan intang, 1976), hal. 13-14.

[159] Mohammad Daud Ali, Hukum Islam, *op. cit.*, hal. 66 – 67.

Selain itu, dari Hadits Mu'az bin Jabal itu pula dapat disimpulkan (b) beberapa hal yaitu (1) Al-Qur'an bukanlah kitab hukum yang memuat kaidah-kaidah hukum secara lengkap terinci. Ia pada umumnya hanya memuat kaidah-kaidah hukum fundamental yang harus dikaji dengan teliti dan dikembangkan oleh pikiran manusia yang memenuhi syarat untuk diterapkan dalam masyarakat, (2) Sunnah Nabi Muhammad pun, sepanjang yang mengenai soal mu'amalah, yaitu soal hubungan antarmanusia dengan manusia lain dalam masyarakat, pada umumnya, hanya mengandung kaidah-kaidah umum yang harus dirinci oleh orang yang memenuhi syarat untuk diterapkan pada atau dalam kasus-kasus tertentu, (3) hukum Islam yang terdapat dalam al-Qur'an dan as-Sunnah itu perlu dikaji dan dirinci lebih lanjut, (4) hakim (atau penguasa) tidak boleh menolak atau menyelesaikan suatu masalah atau sengketa dengan alasan bahwa hukumnya tidak ada. Ia wajib memecahkan masalah atau menyelesaikan sengketa yang disampaikan kepadanya dengan berijtihad, melalui beberapa jalan (metode), cara atau upaya.

Al-Qur'an adalah wahyu Allah yang diyakini sebagai petunjuk bagi manusia. Keyakinan tersebut menempatkan kitab suci ini sebagai sumber pertama dan utama ajaran Islam termasuk di dalamnya hukum Islam. Kedudukannya sebagai kitab suci terakhir dan sumber dari agama yang telah dinyatakan

sempurna mengandung pengertian bahwa ia mampu memberikan jawaban terhadap berbagai persoalan hidup di sepanjang masa.[160]

Dilihat dari bidang hukum yang diatur dalam pokok-pokok kandungan al-Quran secara komprehensif, ialah:[161] (1) hukum tentang akidah, yang berhubungan dengan hal-hal yang harus diyakini kebenaran dan keberadaannya oleh setiap *mukallaf* untuk mempercayai Allah, malaikat-malaikat-Nya, kitab-kitab-Nya, rasul-rasul-Nya dan hari kemudian (doktrin akidah); (2) hukum-hukum yang berkenaan dengan perbuatan jiwa dan hati, yakni hal-hal yang harus dijadikan penghias diri bagi setiap *mukallaf*, berupa akhlak yang terpuji dan menghindarkan diri dari budi pekerti yang hina dan tercela (doktrin akhlak); (3) hukum-hukum *amaliah* yang terkait dengan aktivitas anggota badan, yakni mengenai tindakan *mukallaf* yang meliputi hal-hal seperti ucapan, berbuatan perjanjian dan pengelolaan harta benda (doktrin syari'ah). Selanjutnya, hukum-hukum amaliah tersebut dapat dikelompokkan menjadi dua bagian, yaitu (1) hukum tentang ibadah, seperti shalat, zakat, puasa dan haji dan ibadah-ibadah lainnya yang mengatur hubungan manusia dengan *Khaliknya*, dan (2) hukum tentang *mu'amalat* seperti perjanjian, pengelolaan harta, hukuman, jinayat (pidana) dan lain-lain di luar ibadah *mahdhah*, atau pada pokoknya ialah aturan-aturan mengenai hubungan manusia dengan sesamanya, yang dilakukan secara individu atau kelompok atau antara bangsa.

---

[160] Satria Efendi M. Zein, "Memahami al-Qur'an sebagai Sumber Hukum," *Pesantren No. 1/Vol. VIII/1991*, hal. 18.

[161] Abdul Wahab Khalaf, *Kaidah-kaidah Hukum Islam (Ilmu Ushulul Figh)*, Penterjamah Moh. Tolhah Mansoer, Cet. 2, (Jakarta: CV. Rajawali, 1991, hal. 40.

Dari uraian tersebut di atas, dapatlah diketahui konsep "hukum" dalam al-Qur'an itu jauh lebih luas dari konsep hukum menurut Barat. Sebab, selain dari kaidah-kaidah yang mengatur hubungan antara manusia dengan Allah dan hubungan antara manusia dengan manusia lain dalam masyarakat, meliputi juga hukum yang berkenaan dengan keyakinan dan sikap manusia terhadap lingkungannya yang biasa disebut dengan akidah, akhlak atau moral. Dengan demikian, konsep hukum menurut al-Qur'an adalah *"all comprehensive"*, meliputi segala-galanya sesuai sifat penciptanya yaitu Allah penguasa alam semesta yang menguasai semuanya. Ini berarti bahwa hukum, menurut konsep al-Qur'an itu, tidak dapat dicerai pisahkan dengan iman (keyakinan, akidah, *i'tikadiyah*) dan akhlak sepertii yang terdapat dalam ilmu hukum Barat yang memisahkan agama dan kesusilaan atau moral dari hukum.[162]

Di dalam al-qur'an terkandung ajaran yang dibutuhkan manusia untuk mengatur totalitas hidupnya. Karena keberadaan al-Qur'an sebagai petunjuk abadi dan menyeluruh sifatnya dalam menetapkan hukum suatu masalah, maka al-Qur'an senantiasa memperhatikan kondisi sosial yang berkembang dalam masyarakat. Untuk dapat menjawab permasalahan hukum dalam kondisi sosial yang berkembang, maka diperlukan pemahaman terhadap prinsip-prinsip penetapan hukum dalam al-Qur'an, yaitu sebagai berikut.[163] (1) prinsip tidak menyempitkan, artinya penetapan hukum dalam al-Qur'an senantiasa memperhatikan kemampuaan manusia dalam melaksanakannya, prinsip ini dijelaskan dalam surat al-Baqarah (2): 286 yang artinya " ... Allah tidak

[162] Mohammad aud Ali, Hukum Islam, *op. cit.*, hal. 75-76.

[163] Umar Syihab, *Al-Qur'an dan Kekeyalan Hukum*, Cet. 1, (Semarang: Dina Utama, 1993), hal. 42 – 55.

membebani seseorang melainkan sesuai dengan kemampuannya ...", (2) prinsip mengurangi beban, artinya penetapan hukum dalam al-Qur'an tidak menuntut seorang *mukallaf* melaksanakan suatu kewajiban agama lebih dari apa yang telah ditetapkan, (3) prinsip penetapan hukum secara bertahap, artinya penetapan hukum dalam al-Qur'an itu secara berangsur-angsur dan ini menunjukkan bahwa hukum Islam selalu berpegang pada prinsip meringankan beban manusia, (4) prinsip sejalan dengan kemaslahatan manusia, artinya penetapan hukum dalam al-Qur'an senantiasa diperuntukkan pada kepentingan dan perbaikan kehidupan manusia, baik mengenai agama, jiwa, akal, kerutunan maupun harta benda, dan (5) prinsip kesamaan dan keadilan, artinya penetapan hukum dalam al-Qur'an senantiasa menyamaratakan manusia, tidak membedakan antara suatu bangsa dengan bangsa lainnya, antara individu dengan individu lainnya.

Sumber hukum Islam kedua adalah as-Sunnah, yaitu berupa perkataan (*Sunnah Qauliyah*), perbuatan (*Sunnah fi'liyah*), dan sikap diam (*Sunnah taqririyah atau Sunnah sukutiyah*) Rasulullah yang tercatat (sekarang) dalam kitab-kitab Hadits. Ia merupakan penafsir serta penjelas autentik tentang al-Qur'an.[164]

Sumber hukum Islam yang ketiga adalah *al-ra'yu* (akal pikiran atau ijtihad). Kata ijtihad berasal dari kata kerja *jahada* yang berarti bersungguh-sungguh, mencurahkan segala kemampuan, atau menanggung beban. Adapun ijtihad menurut arti bahasa ialah usaha optimal untuk mencapai suatu tujuan, atau

[164] Mohammad Daud Ali, Hukum Islam, *op. cit.* , hal. 86-87.

menanggung beban berat. Oleh sebab itu tidak disebut ijtihad bilamana tidak terdapat unsur kesulitan dalam suatu kegiatan.[165]

Adapun dasar hukum untuk mempergunakan akal pikiran atau *ra'yu* untuk berijtihad dalam pengembangan hukum Islam adalah [166] (1) al-Qur'an *surat an-Nisa'* (4) ayat 59 yang artinya: " hai orang-orang yang beriman, taatlah kamu sekalian kepada Allah, taatlah kepada Rasul dan ulil amri dari kamu sekalian ..." yang mewajibkan orang mengikuti ketentuan *ulil amri* (orang yang mempunyai kekuasaan atau "penguasa") mereka, (2) Hadits Mu'ad bin abal yang menjelaskan bahwa Mu'ad sebagai penguasa (*ulil amri*) di Yaman dibenarkan oleh Nabi mempergunakan *ra'yu* nya untuk berijtihad, dan (3) contoh yang diberikan oleh *ulil amri* lain yakni khalifah II Umar bin Khattab, beberapa tahun setelah Nabi Muhammad wafat dalam memecahkan berbagai persoalan hukum yang tumbuh dalam masyarakat, pada awal perkembangan Islam.

Ada beberapa metode atau cara untuk melakukan ijtihad, baik ijtihad itu dilakukan sendiri-sendiri maupun bersama-sama dengan orang lain. Di antara metode atau cara berijtihad itu adalah sebagai berikut.[167] (1) *Ijma'* adalah persetujuan atau kesesuaian pendapat antara para ahli mengenai suatu masalah pada suatu tempat di suatu masa, (2) *Qiyas* adalah menyampaikan hukum suatu hal yang tidak dapat ketentuannya di dalam al-Qur'an dan as-Sunnah dengan hal lain yang hukumnya disebut dalam al-Qur'an dan as-Sunnah Rasul karena persamaan *illat* (penyebab atau alasan) nya, (3) *istidlal* adalah menarik

---

[165] Satria Efendi M. Zein, "Ijtihad dan Hakim Peradilan Agama," *Mimbar Hukum No. 10 Thn. IV 1993*, hal. 42.

[166] Mohammad Daud Ali, Hukum Islam, *op. cit.* ,hal. 103.

[167] *Ibid.*, hal. 107 – 110.

kesimpulan dari dua hal yang berlainan, misalnya menarik kesimpulan dari adat istiadat dan hukum agama yang diwahyukan sebelum Islam, adat yang telah lazim dalam masyarakat dan tidak bertentangan dengan hukum Islam (gono-gini atau harta bersama) dan hukum agama yang diwahyukan sebelum Islam tetapi tidak dihapuskan oleh syari'at Islam dapat ditarik garis hukumnya untuk menjadi hukum Islam, (4) *mashalih al-mursalah* atau disebut *maslahat mursalah* adalah cara menemukan hukum suatu hal yang tidak terdapat ketentuannya baik dalam al-Qur'an maupun dalam kitab-kitab Hadits, berdasarkan pertimbangan kemaslahatan masyarakat atau kepentingan umum, (5) *istihsan* adalah cara menentukan hukum dengan jalan menyimpang dari ketentuan yang ada demi keadilan dan kepentingan sosial. *Istihsan* merupakan metode yang unik dalam mempergunakan akal pikiran dengan mengesampingkan analogi yang ketat dan bersifat lahiriyah demi kepentingan masyarakat dan keadilan, (6) *istishhab* adalah penetapan hukum suatu hal menurut keadaan yang terjadi sebelumnya, sampai ada dalil yang mengubahnya. Dengan perkataan lain, dapat dikatakan *istishhab* adalah melangsungkan berlakunya hukum yang telah ada karena belum ada ketentuan lain yang membatalkannya, (7) adat-istiadat atau *'urf* yang tidak bertentangan dengan hukum Islam dapat dikokohkan tetap terus berlaku bagi masyarakat yang bersangkutan. Adat-istiadat ini tentu saja yang berkenaan dengan soal mu'amalat.

Setelah hukum Islam diuraikan tersebut di atas, tibalah untuk beralih menjelaskan asas hukum Islam yang berfungsi sebagai rujukan untuk mengembalikan segala masalah yang berkenaan dengan hukum Islam. Asas hukum Islam berasal dari sumber hukum Islam terutama al-Qur'an dan as-Sunnah

yang dikembangkan oleh akal pikiran orang yang memenuhi syarat untuk berijtihad. Asas-asas hukum Islam itu banyak, disamping asas-asas yang berlaku umum, masing-masing bidang dan lapangan mempunyai asasnya sendiri-sendiri.[168]

Asas-asas utama hukum Islam (yang berlaku secara umum meliputi semua bidang dan segala lapangan hukum Islam) itu terdiiri sekurang-kurangnya atas tiga asas, yaitu; (a) asas keadilan, dalam al-Qur'an *surat an-Nisa'* (4) ayat 135 Allah memerintahkan agar manusia menegakkan keadilan, menjadi saksi yang adil walaupun terhadap diri sendiri, orang tua dan keluarga dekat, (b) asas kepastian hukum, dalam al-Qur'an *surat Bani Israil* (17) ayat 15 yang artinya "... dan tidaklah kami menjatuhkan hukuman, kecuali setelah kami mengutus seorang Rasul untuk menjelaskan (aturan atau ancaman) hukuman itu ...", dan (c) asas kemanfaatan, artinya dalam melaksanakan asas keadilan dan asas kepastian hukum itu, seyogyanya dipertimbangkan asas kemanfaatan.[169]

Di lapangan hukum perdata terdapat asas-asas hukum Islam yang menjadi tumpuan atau landasan untuk melindungi kepentingan pribadi seseorang,[170] diantaranya adalah (1) asas kebolehan atau *mubah*, yang berarti segala bentuk hubungan perdata adalah boleh dilakukan, kecuali kalau ditentukan lain dalam al-Qur'an dan as-Sunnah; (2) asas kemaslahatan hidup, yang berarti bahwa hubungan perdata apapun juga dapat dilakukan asal hubungan itu mendatangkan kebaikan bagi kehidupan manusia pribadi dan masyarakat, kendatipun tidak ada

---

[168] *Ibid.*, hal. 113.

[169] Sayuti Thalib, "Asas-asas Hukum Nasional yang Sejajar dengan Asas-asas Hukum Islam," Makalah dalam Seminar Asas-asas Hukum Nasional oleh BPHN, Departemen Kehakiman di Jakarta, 18 – 20 Januari 1989, hal. 3 – 8.

[170] Mohammad Daud Ali, *op. cit.*, dal. 118 – 124.

ketentuannya dalam al-Qur'an dan as-Sunnah; (3) asas kebebasan dan kesukarelaan, yang berarti bahwa selama teks al-Qur'an dan Sunnah Nabi Muhammad tidak mengatur suatu hubungan perdata, selama itu pula para pihak bebas mengaturnya atas dasar kesukarelaan masing-masing; (4) asas menolak *mudharat* dan mengambil manfaat, yang berarti harus dihindari segala sesuatu bentuk hubungan perdata yang mendatangkan kerugian dan mengembangkan hubungan perdata yang manfaat bagi diri sendiri dan masyarakat; (6) asas kekeluargaan atau asas kebersamaan yang sederajat; (7) asas adil dan berimbang; (9) asas mendahulukan kewajiban dari hak; (9) asas larangan merugikan diri sendiri dan orang lain, asas kemampuan berbuat atau bertindak; (10) asas kebebasan berusaha; (11) asas mendapatkan hak karena usaha dan berusaha; (12) asas perlindungan hak; (13) asas hak milik berfungsi social; (14) asas yang beriktikad baik harus dilindungi; (15) asas risiko dibebankan pada harta, tidak pada pekerja, (16) asas mengatur dan memberi petunjuk; dan (17) asas tertulis dan diucapkan di depan saksi.

Di bawah ini akan disebutkan beberapa epistemologi dalam hukum Islam sebagai paradigma untuk menjawab perkembangan masalah hukum dalam dinamika kehidupan. Permasalahan kehidupan terus berkembang (*al-waqa'iq mutajaddidah*) akan tetapi syari'ah itu terbatas (*al-syari'ah mutahaddidah*), demikian peraturran perundang-undangan yang merupakan *siyasyah wad'iyah*, termasuk juga tiga kategori hukum Islam yang berlaku di masyarakat muslim Indonesia, baik kategori hukum syari'ah, fikih maupun *siyasyah sar'iyah* terus tertinggal dengan permasalahan kehidupan dan perubahan itu sendiri yang abadi.

Melihat permasalahan yang demikian itu, maka dalam hukum Islam terdapat 2 (dua) karakteristik, yaitu hukum Islam dengan karakteristik *al-tsabat* (tetap) dan hukum Islam dengan karakteristik *al-tathawwur* (dinamis). Karakteristik hukum Islam yang pertama dalam bidang *ibadah mahdhah*, sedangkan karakteristik hukum Islam yang kedua adalah hukum dalam bidang mu'amalah. Hukum bidang mu'amalah inilah yang mengikuti asas terbuka, asas *ibahah* (boleh atau *jaiz*), yang berarti dalam bidang mu'amalah apa saja diperbolehkan selagi tidak bertentangan dengan Islam maupun nilai-nilai Islam. Dalam bidang mu'amalah ini sangat luas sekali baik dalam bidang hukum perdata, pidana, politik, sosial, ekonomi dan sebagainya. Seperti Hadits Nabi yang dinyatakan *"'antum a'lamu bi umuuri dunyaakum"* (kamu semuanya lebih mengetahui urusan duniamu)

Hukum bidang mu'amalah lebih terbuka untuk dikembangkan, sedangkan hukum ibadah adalah tertutup atau tetap (*tsabat*), dalam arti tidak boleh melakukan suatu ibadah kecuali ada aturan hukum yang mengaturnya. Dalam bidang hukum mu'amalah, di sini pentingnya *al-ra'yu* sebagai paradigma untuk menjawab permasalahan hukum dengan menggunakan *manhaj* (cara atau metode) via ijtihad yang selektif dan kreatif.

Hukum bidang mu'amalah berkembang begitu pesat, untuk itu dapat dikatakan bahwa hukum selalu ketinnggalan dengan suatu yang diaturnya. Orang sudah terbiasa melihat hukum yang sudah jadi, dan apabila terdapat kejadian atau kasus yang tidak ada landasan hukumnya baru bingung untuk mencari-cari landasan hukum yang sudah ada. Bagaimana apabila terjadi suatu kejadian hukum

atau kasus yang tidak ada legalitasnya. Untuk itu perlu epistemologi sebagai paradigma untuk menjawab permasalahan hukum dalam dinamika kehidupan, supaya tepat dalam memberikan putusan hukum terhadap perkembangan hukum bidang *muu'amalat* tersebut.

Di bawah ini akan disebutkan beberapa aspek epistemologi *ushul fikih* yang layak untuk dikembangkan sebagai metode untuk menjawab perkembangan hukum bidang *mu'amalat* tersebut di atas, yaitu:[171] Pertama, Kaidah *ibahah* (boleh). Segala sesuatu (di bidang *mu'amalat*) pada dasarnya adalah boleh (sah) selama tidak ada larangan. Hukum Islam dalam bidang *mu'amalat*, sedikit sekali yang terinci yang dinilai *qath'i*, sedangkan pada umumnya dikemukakan dalam al-Qur'an bersifat global, berupa prinsip-prinsip global, berupa prinsip-prinsip dasar, kaidah-kaidah umum, dan bersifat terbuka untuk menerima berbagai penafsiran. Di antara prinsip-prinsip dasar yang dikemukakan al-Qur'an seperti menegakkan keadilan, prinsip musyawarah, menghilangkan kesempitan dan menolak *kemudharatan*, memelihara hak-hak seseorang, menunaikan amanah, mengembalikan persoalan-persoalan rumit pada orang yang ahli. Kaidah di atas menunjukkan suatu nikmat yang amat besar yang diberikan Allah kepada hamba-Nya, dimana dengan itu merasa lebih lapang untuk bergerak mengatur diri dalam sinar al-Qur'an, karena ketentuan-ketentuan tersebut ditarik dari petunjuk al-Qur'an. Dalam menghadapi masalah *mu'amalat* yang serba kompleks dan bentuk-bentuk *mu'amalat* baru yang tidak ada padanannya pada masa *syari'at* diturunkan,

---

[171] Satria Efendi M. Zein, "Pengkajian dan Pengembangan Metodologi Hukum Fikih Islam," Makalah Disampaikan pada Seminar Nasional, Hukum Islam dan Perubahan Sosial, tanggal 16 – 18 Oktober 1990, di Semarang, hal. 12 – 19.

prinsip-prinsip umum yang dikemukakan di atas akan banyak membantu dalam pemecahannya.

Kedua, *Kaidah tahqieq al-manath*, yaitu penelitian terhadap suatu masalah yang akan ditentukan hukumnya dan mengetahui kesamaan dengan masalah yang dimaksud oleh al-Qur'an dan Hadits yang telah dijelaskan hukumnya dengan masalah yang dimaksud oleh al-Qur'an dan Hadits yang telah dijelaskan hukumnya dalam sumber-sumber tersebut, atau mengetahui sejauh mana hubungannya dengan prinsip-prinsip dan kaidah-kaidah umum yang dijelaskan oleh wahyu, seperti diketahui menyimpulkan suatu maksud dari suatu ayat atau Hadits adalah suatu permasalahan, sedangkan penerapan kesimpulan itu kepada suatu masalah adalah permasalahan lain. Dalam mengaitkan suatu hukum kepada suatu masalah memerlukan suatu ijtihad yang disebut: "*tahqieq al-manath*". Metode ini diperlukan dalam menghadapi berbagai perubahan sosial dan agar dalam penerapan suatu ayat terhadap masalah baru, kandungan ayat perlu dipahami secara teliti mengenai makna atau tujuan mengapa ia disuruh dan dilarang sehingga mendekati kepastian diketahui apa sebenarnya yang dimaksud suatu ayat. Maka para ulama sepakat apabila kajian hukum bidang mu'amalah pada umumnya adalah *"ma'qulatul ma'na"* (dapat dilacak makna atau *illat* hukumnya). Makna di sini adalah berupa *illat efektif*, yang ada pengaruhnya terhadap ada atau tidak adanya *illat*. *Ilat* yang efektif itu hanya didapati dalam bidang mu'amalah, tidak didapati dalam bidang ibadah *mahdhah* (ibadah murni). Kembali bidang mu'amalah, apabila makna atau *illat*nya diketahui, maka selanjutnya *illat* itu dijadikan ukuran dalam menilai suatu persoalan.

Hukum akan selalu ikut bersama makna (*illat*) yang terkandung di dalamnya, bukan mengikuti bentuk formalnya. Boleh jadi suatu masalah bila dilihat bentuk formalnya adalah sama dengan yang dimaksud dalam sumber wahyu, tetapi bila dilihat nilai atau semangat yang terkandung di dalamnya, bisa jadi antara keduanya berbeda. Maka *ijtihat tahqieq al-manath* adalah suatu penelitian sampai dimana ada persamaan atau perbedaan antara kedua permasalahan bila ditinjau dari segi *illat* atau semangatnya. Hukum dalam bidang kemasyarakatan (*mu'amalat*) lebih dititik beratkan pada nilai dan semangat dari suatu perintah atau larangan , selama inti persoalannya dapat dilacak dan itulah yang dijadikan ukuran. Untuk itu bahwa bidang kajian *tahqieq al-manath* adalah inti makna persoalan. Hukum akan selalu dikaitkan dengan inti dimana hukum dilandaskan.

Ketiga, *kaidah istihsan.* Merupakan jalan untuk keluar dari suatu kondisi, dimana jika ketentuan umum atau kesimpulan *qiyas* ditetapkan, bisa menggoncang prinsip atau kaidak syari'ah lain yang lebih utama untuk dipelihara. *Qiyas* dan kaidah-kaidah hukum yang bersifat umum dapat diterapkan, selama dapat mencapai tujuan tersebut dan tidak berbenturan dengan suatu kepentingan yang lebih utama untuk dipelihara. Apabila berbenturan dengan suatu kepentingan yang juga harus diwujudkan dan dipelihara dalam syari'ah, maka ia ditinggalkkan, dan untuk jalan keluarnya metode *istihsan* difungsikan. Jadi metode *istihsan* berfungsi sebagai jalan keluar penerapan kaidah umum dan *metode qiyas*. Sebagai contoh adalah *"akad salam"* yang merupakan suatu bentuk pengecualian dari ketentuan yang berlaku secara umum karena pertimbangan kepentingan. Dengan

istihsan di sini, walaupun keluar dari ketentuan umum, namun ia termasuk ke dalam ketentuan umum yang lain, yaitu mengangkat kesulitan dan mewujudkan kemudahan.

Keempat, *kaidah ta'wil* yaitu memalingkan arti suatu lafaz atau suatu redaksi dari arti yang hakiki atau yang dapat ditangkap oleh pemahaman menurut bahasa, kepada arti yang *majazi*. Metode *ta'wil* amat berfungsi dalam pembentukan dan pengembangan hukum Islam. Hal ini dapat dilakukan, selama ada indikasi yang mendukung untuk memalingkan arti tersebut. Metode ini amat ampuh, selama dipahami bahwa ayat-ayat hukum dalam *al-Qur'an*, sedikit sekali lafaz atau redaksinya yang bersifat pasti (*qath'i*) menunjuk suatu makna. Lafaz-lafaz atau redaksi yang tidak pasti (*dhanny*) adalah menjadi lapangan yang amat memungkinkan untuk menerapkan *takwil*, selama didukung oleh indikasi yang menghendaki untuk itu. *Ta'wil* apabila diartikan secara luas, mencakup pertama, memalingkan arti lafaz atau redaksi dari arti yang kakiki kepada arti yang *majazi*, dan kedua, mengandung pengertian penafsiran lafaz atau redaksi yang sifatnya terbuka untuk menerima berbagai penafsiran.

Kelima, *kaidah ta'wil al – ilmi*. Dalam khasanah ilmu-ilmu al-Qur'an (*ulum al-Qur'an*) ada dua cara untuk memahami al-Qur'an, yaitu tafsir dan *ta'wil*. Tafsir dikenal sebagai cara untuk memahami bahasa, konteks dan pesan-pesan moral yang terkandung dalam *teks* atau *nash* kitab suci. Di sini *teks* dijadikan "subyek". Dalam tulisan ini paradigma tersebut dikategorikan sebagai penafsiran yang mengandung *epistimologi bayani*. Sedangkan *ta'wil* adalah cara untuk memahami teks dengan menjadikan teks dan /lebih tepat disebut pemahaman,

pemaknaan dan *interpretasi* terhadap *teks* sebagai "obyek kajian. Pendekatan *ta'wil al-ilmi*, sebagai metode *tafsir alternative* terhadap *teks* menggunakan jalur lingkar *hermeneutik* yang mendiologkan secara sungguh-sungguh antara paradigma *epistemologi bayani* (tekstual), paradigma *epistemologi burhani* (rasional) dan paradigma *epistemologi irfani* (spiritualitas) dalam suatu gerak putar yang saling mengontrol, mengkritik, memperbaiki dan menyempurnakan kekurangan yang melekat pada asing-masing paradigma, berdiri sendiri-sendiri, terpisah antara satu dengan yang lainnya. Pesan kemanusiaan dan keadilan yang melekat dalam al-Qur'an yang sering disebut dengan istilah *"rahmatan li al-'alamin"* (universal) hanya dapat dipahami dengan baik jika para penafsir kitab suci memahami adanya tiga paradigma epistemologi tersebut.[172]

Filsafat yang dikembangkandi dunia Barat seperti rasionalisme, empirisme dan pragmatisme, tidak cocok untuk dijadikan kerangka teori dan analisis terhadap pasang surut dan perkembangan *Islamic studies* (termasuk studi hukum Islam). Perdebatan, pergumulan dan perhatian epistemologi keilmuan di Barat tersebut lebih terletak pada wilayah *natural science* dan bukannya pada wilayah *humanities* dan *social science*. Untuk itu, diperlukan perangkat kerangka analisis epistemologi yang khas untuk pemikiran Islam, yakni dengan epistemologi *bayani, burhani dan irfani*.[173] Epistemologi harus pas dan sesuai dengan obyek yang dikaji. Kerangka teori, metode dan epistemologi yang digunakan dapat diubah sesuai dengan obyek dan kondisi kajiannya. Kerangka

---

[172] M. Amin Abdullah, *Epistemologi Ilmu Agama Islam dalam Khasanah Perkembangan Epistemologi Ilmu Pengetahuan Modern*, Disampaikan Dalam Kuliah Umum Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum Uninersitas Islam Indonesia (UII) Yogyakarta, 21 September 2002, hal. 1-2.

[173] *Ibid.*, hal. 15.

teoritik yang digunakan Fazlul Rahman menganggap bahwa tidak lagi cukup memadai untuk menggunakan teori fikih atau *ushul fikih* yang biasa sangat popular di kalangan *ushuliyyun* dan *fuqaha'* yaitu *"qathiyyat"* dan *"dhanniyyat"* dan *"legal spesifik"* dalam al-Qur'an. Muhammad Arkoun mempertanyakan menghilangnya dimensi *"tarikhiyyat"* (historisitas) dari keilmuan fikih dan *kalam*. Ia mempertanyakan teori yang dipergunakan dan disusun beberapa abad yang lalu untuk diajarkan terus menerus pada era sekarang sudah dipermasalakan dan tantangan zaman terus menerus berubah tidak lagi seperti sedia kala, yang ia berpendapat sebagai berikut.[174] Para ahli fikih (hukum Islam) yang sekaligus *teolog* (*mutakallimun*) tidak mengetahui hal itu. Mereka mempraktikkan jenis interpretasi terbatas dan membuat metodologi tertentu, yaitu fikih dan perundang-undangan. Hal ini mengubah diskursus al-Qur'an yang mempunyai makna *mitis – majazi*, yang terbuka bagi sebagian makna dan pengertian, menjadi diskursus yang baku dan kaku, telah menyebabkan diabaikannya historitas norma-norma etika keagamaan dan hukum-hukum fikih. Jadilah norma-norma dan hukum-hukum fikih berada di luar sejarah sosial, menjadi suci, tidak boleh disentuh dan didiskusikan. Para ahli fikih telah mengobah fenomena-fenomena *sosio histories* yang temporal dan bersifat kekinian menjadi semacam ukuran-ukuran ideal dan hukum transcendental yang suci, yang tidak dapat diubah dan diganti.

Keenam, *kaidah maqashid al-syari'ah* (tujuan hukum). Dalam kajian filsafat hukum Islam tidak dapat dilepskan dari aspek aksiologi. Setiap hukum yang ditetapkan oleh *Syari'* (Allah) pasti mempunyai tujuan, yang secara umum

---

[174] *Ibid.*, hal. 5 – 6.

tujuan hukum Islam yaitu, *"jalbu al- mashalih wa al-dar'u al- mafasid"* (mendatangkan kebaikan dan menolak keburukan). Yang menjadi masalah adalah bagaimana memahami dan mengaplikasikan dalam menjawab masalah hukum dalam praktik, ini memerlukan ijtihad dalam upaya mempraktikkannya dalam kehidupan dan pelaksanaan hkum. Makna ijtihad adalah pengerahan kesungguhan dengan upaya yang optimal dalam menggali hukum syara'. Menurut al-Syatibi, ijtihad itu dari segi proses kerjanya dapat dibagi kepada dua bentuk, yaitu: *ijtihad istinbati*, yaitu upaya untuk meneliti *illat* yang terkandung oleh *nash*, dan (2) *ijtihad tatbiqi*, yaitu upaya untuk meneliti suatu masalah dimana hukum hendak diidentifikasikan dan diterapkan sesuai dengan ide yang terkandung oleh *nash*.[175] Dalam *ijtihad istinbati*, seorang *mujtahid* memfokuskan perhatiannya pada upaya penggalian ide-ide yang dikandung oleh *nash* yang abstrak. Sedangkan dalam *ijtihad tatbiqi*, seorang mujtahid berupaya untuk menerapkan ide-ide yang abstrak tadi kepada permasalahan-permasalahan hukum yang kongkrit. Jadi obyek kajian *ijtihad istinbati* adalah *nash*, sedangkan obyek kajian *ijtihad tatbiqi* adalah manusia (sebagai pelaku hukum) dengan dinamika perubahan dan perkembangan yang dialaminya.

Antara *ijtihad istinbati* dan *ijtihad tatbiqi* memiliki hubungan yang saling memerlukan. Dalam melaksanakan *ijtihad tatbiqi*, *ijtihad istinbati* memegang peranan yang sangat penting, karena pengetahuan akan esensi dan *ide* umum suatu *nash*, tetap menjadi tolok ukur dalam penerapan hukum. Kekeliruan

---

[175] Asfari Jaya Bakti, *Konsep Maqashid al-Syari'ah Menurut al-Syatibi dan Relevansinya dengan Ijtihad Hukum Dewasa ini*, Disertasi Program Pascasarjana IIN Syarif Hidayatullah, Jakarta, Tahun 1994, hal. 176-177.

dalam penetapan ide ayat akan melahirkan kekeliruan pula dalam menilai masalah-masalah baru dan penerapan hukumnya.

Upaya penggalian hukum *syara'* itu akan berhasil, apabila seorang *mujtahid* dapat memahami *maqashid al-syari'ah*. Untuk itu menurut al-Syatibi, derajat ijtihad bisa dicapai apabila seorang memiliki 2 (dua) kriteria, yaitu:[176]Pertama, dapat memahami *maqashid al-syari'ah* seccara sempurna, apabila seeorang mampu memahami *maqashid al-syari'ah* dengan segala persoalan dan rinciannya, berarti ia telah sampai pada tingkat pemahaman khalifah-khalifat Nabi dalam mengajar, berfatwa dan menetapkan hukum sesuai hukum yang dirurunkan Allah SWT., dan kedua, kemampuan untuk menarik kandungan hukum atas dasar pengetahuan dan pemahaman *maqashid al-syari'ah* itu adalah dengan bantuan bahasa Arab, al-Qur'an dan Sunnah. Untuk itu dapat dikatakan bahwa ijtihad dapat dilakukan dan berhasil apabila seorang dapat memahami *maqashid al-syari'ah* dengan sempurna, dan *maqashid al-syari'ah* dapat dipahami apabila seorang mempunyai kemampuan menguasai bahasa Arab, al-Qur'an dan as-Sunnah.

Bertitik tolak dari obyek ijtihad itu, ada dua corak penalaran yang perlu dikemukakan dalam penerapan *maqashid al-syari'ah*. Dalam dua corak itu terdapat metode-metode ijtihad yang perlu dikembangkan. Kedua itu adalah, *Corak penalaran ta'lili* dan *corak penalaran istislahi*.[177] Pertama, *corak penalaran ta'lili* adalah upaya penggalian hukum yang bertumpu pada penemuan *illah-illah* hukum yang terdapat dalam suatu *nash*. Atas dasar *illah* yang

---

[176] *Ibid.*, hal. 180-181.
[177] *Ibid.*, hal. 184-218.

terkandung dalam suatu *nash*, permasalahan-permasalahan hukum yang muncul diupayakan oleh *mujtahid* pemecahannya melalui penalaran terhadap *illah* yang ada dalam nash tersebut. Corak penalaran *ta'lili* ini adalah dalam bentuk metode *qiyas* dan istihsan dan corak penalaran *istislahi* itu berkaitan dengan metode *al-masalih al-mursalah* dan *al-zari'ah.*

Dalam penggalian hukum melalui corak *ta'lili* dengan metode *qiyas*, tidak dapat dilepaskan dari *rukun qiyas*, yaitu: Pertama, hukum asal, yairu peristiwa yang sudah ada hukum *nash*nya, kedua, berupa hukum cabang, yaitu peristiwa yang tidak ada *nash*nya, ketiga, yaitu *'illah*, yaitu suatu sifat yang terdapat pada peristiwa asal, dan keempat, yaitu sifat yang ada pada asal ini melahirkan suatu keputusan hukum yang dicari. Proses *qiyas* yang benar sebagai pikiran akal sehat, harus tidak bertentangan dengan *maqashid al-syari'ah* bahkan selalu berusaha merealisasikan *maqashid al-syari'ah* itu dan *'illah* yang menjadi fokus *qiyas* merupakan bagian dari *maqashid al-syari'ah* itu. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa *qiyas* sebagai *istinbat ta'lili* merupakan upaya nalar yang memiliki kedekatan dengan *nash. Qiyas* sebagai penalaran *ta'lili* harus senantiasa dipertajam dengan pertimbangan *maqashid al-syari'ah* baik yang berkaitan dengan kemasyarakatan, ekonomi, politik dan moral. Pertimbangan *maqashid al-syari'ah* menjadikan metode *qiyas* lebih dinamis sebagai solusi pemecahan permasalahan-permasalahan hukum.

Dalam penggalian hukum melalui penalaran *ta'lili* dengan metode *istihsan*, dalam kaitan dengan ini, pemaknaan *istihsan* adalah menganggap baik terhadap sesuatu. Menurut Abdul Wahab Khalaf, *istihsan* adalah pindahnya

pemikiran seorang *mujtahid* dari ketentuan *qiyas jali* (jelas) kepada *qiyas khafi* (kurang jelas) atau dalil *kulli* (umum) kepada ketentuan hukum *takhsis* (khusus) atas dasar adanya dalil yang memungkinkan perpindahan itu.[178] Dalam kenyataan ketentuan yang berlaku umum sering sulit untuk diterapkan sepenuhnya. Perbenturan antara penerapan ketentuan umum dengan upaya menghilangkan kesulitan, mengharuskan upaya menghilangkan kesulitan lebih diutamakan karena merupakan prinsip-prinsip syari'ah, sekaligus merupakan dalil yang lebih kuat apabila dibandingkan dengan keharusan mengikuti persyaratan dan ketentuan umum. *Istihsan* harus selalu diorientasikan kepada usaha mewujudkan *maqashid al-syari'ah,* serta memperhitungkan dampak positif dan negatif dari penerapan hukum, yang disebut *"al-nazar fi al-ma'alat"*.

Yang kedua, corak penalaran *istislahi*, yang di dalamnya mengandung dua metode penalaran, yaitu *masalih al-mursalah* dan *al-zari'ah* sebagai *metode ijtihad* dalam upaya mengungkap *maqashid al-syari'ah* yang dituju. *Maslahah* dalam pengertian istilah adalah manfaat yang dikemukakan oleh *Syari'*(Allah) dalam menetapkan hukum untuk hambanya dalam usaha memelihara agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta (*al-mashalih al-khamsah*). Untuk itu bahwa dalam hukum Islam terdapat keistemewaan, sebagai berikut:[179] (1) pengaruh kemaslahatan hukum Islam tidak terbatas waktu di dunia, tetapi juga memberi pengaruh pada kehidupan akhirat, hal ini disebabkan oleh karena syari'at Islam itu sendiri diciptakan untuk kebahagiaan dunia dan akhirat, (2) kemaslahatan yang dikandung dalam hukum Islam, tidak saja berdimensi *maddi* (materi) akan tetapi

[178] *Ibid.*, hal. 194.
[179] *Ibid.*, hal. 200 – 201.

juga *ruhi* (immateri) terhadap manusia, dan (3) dalam hukum Islam, kemaslahatan agama merupakan dasar bagi kemaslahatan-kemaslahatan yang lain. Ini mengandung arti apabila terjadi pertentangan antara kemaslahatan yang lain dengan kemaslahatan agama, maka kemaslahatan agama tidak boleh dikorbankan.

Maslahat yang tidak ada legalitasnya khusus dalam *nash* disebut *maslahat –al-mursalah* atau *masalih al-mursalah. Mursalah* artinya lepas dari petunjuk *nash* secara khusus. Berkaitan *maqashid al-syari'ah* dengan corak penalaran *masalih al-mursalah*, bahwa setiap kemaslahatan yang tidak ditunjukkan oleh *nash* secara khusus, akan tetapi hal itu sesuai dengan tindakan *syara'*, maka maslahat seperti itu dapat menjadi dasar hukum dan sebagai pengembangan hukum dalam bidang mu'amalah.

Metode kedua dari corak penalaran *istislahi* yang perlu dikembangkan adalah *al-zari'ah*, yang berarti jalan yang menyampaikan kepada sesuatu atau jalan yang menyampaikan atau membawa kepada keharusan atau kehalalan. Ulama *ushul fikih* membagi *al-zari'ah* itu pada dua bentuk, yaitu (1) *fath al-zari'ah,* yakni membuka jalan atau wadah yang dapat membawa kepada suatu kemaslahatan, dan (2) *sad al-zari'ah*, yaitu menutup atau menghambat jalan atau wadah yang dapat diduga membawa kerusakan atau *mafsadat*.[180] *Al-zari'ah* adalah metode ijtihad yang meletakkan penekanan pada dampak suatu tindakan (*al-nazar fi al-ma'alat*). Dalam kaitan *al-nazar fi al-ma'alat* ini ada dua bentuk perbuatan seorang *mukallaf* yang memiliki potensi *maslahat*, oleh karena terdapat sifat positif tersebut, maka perbuatan tersebut dianjurkan oleh *Syari'*. Kedua,

[180] *Ibid.*, hal. 214.

perbuatan *mukallaf* yang mengandung potensi *mafsadat*, karena terdapat sifat negatif, maka maka perbuatan tersebut dilarang oleh *Syari'*.

Perkembangan pemikiran hukum Islam di Indonesia karena adanya tantangan kemajuan zaman yang meliputi keseluruhan aspek kehidupan. Hukum Islam (fikih) mengalami proses irelevansi secara berangsur-angsur, walaupun dalam praktek tidak lagi berperan secara penuh dan menyeluruh, hukum Islam masih memiliki arti besar bagi kehidupan para pemeluknya, karena, [181] Ia turut menciptakan tata nilai yang mengatur kehidupan mereka, kedua, dengan melalui proses yang berlangsung lama, banyak keputusan hukum (bahkan unsur-unsur yurisprudensi) dari hukum Islam telah diserap dan menjadi bagian hukum positif yang berlaku, dan ketiga, dengan masih adanya golongan-golonggan yang memiliki aspirasi teokratis di kalangan umat Islam dari berbagai negeri, penerapan hukum Islam secara penuh masih menjadi slogan perjuangan yang memiliki appeal cukup besar, dan dengan demikian ia menjadi bagian dari manifestasi kenegaraan Islam yang masih harus ditegakkan di masa depan, betapa jauhnyapun masa depan itu sendiri berada dalam perspektif sejarah.

Di samping itu, hukum Islam masih memiliki peranan cukup besar dalam kehidupan bangsa Indonesia, peran yang dinamis bukan peran yang statis. Hukum Islam dapat berperan banyak sesuai dengan sifat kedinamisan itu, sehingga ia tidak kehilangan relevansinya dengan perkembangan kehidupan di sekitarnya. Untuk memperoleh relevansi tersebut, hukum Islam harus mampu mengembangkan watak dinamis bagi dirinya, di antaranya dengan mampu

---

[181] Abdurrahman Wahid, Menjadikan Hukum Islam sebagai Penunjang Pembangunan, *op. cit.*, hal. 4 – 6.

menjadikan dirinya penunjang perkembangan hukum nasional di alam pembangunan ini. Watak dinamis ini dapat dimiliki jika hukum Islam meletakkan titik berat perhatiannya pada soal-soal duniawi yang menggulati kehidupan bangsa kita dewasa ini, dan memberikan pemecahan bagi persoalan-persoalan hidup aktual yang dihadapi pada masa kini. Ia harus memiliki pendekatan multidimensional kepada kehidupan dan tidak hanya terikat pada ketentuan normatif yang telah mengendap sekian lama, dengan demikian memungkinkan hukum Islam memiliki peran aktif dalam mengisi pembangunan dengan sumbangan yang nyata.

Untuk bisa menjadikan hukum Islam sebagai pengisi pembangunan di atas, harus memahami terlebih dahuli cirri-ciri utama hukum Islam dewasa ini, yaitu:[182] Pertama, keterlepasan hukum Islam dalam perspektif sejarah. Hukum dalam teori Islam klasik, adalah kehendak Tuhan yang diwahyukan, sebuah sistem yang disususun secara ketuhanan, mendahului dan tidak didahului oleh Negara Islam, menguasai dan tidak dikuasai oleh masyarakat Islam. Hukum Islam berkembang dalam sebuah proses yang dalam dirinya sendiri memiliki pretense kesejarahan, ia berkembang di luar perkembangan sejarah, Kedua, keterikatan hukum Islam kepada landasan penafsiran harfiah bahasa Arab atas kehendak Tuhan, yang dikenal sebagai *nash* baik yang berbentuk ayat al-Qur'an maupun Hadits, dan pada akhirnya meniadakan kemungkinan pengembangan pola deversifikasi dan multi dimensional hukum Islam, dan ketiga, ketiadaan autoritas tunggal yang mampu meratakan keputusan-keputusan hukumnya di masyarakat.

---

[182] *Ibid.*, hal. 6 – 9.

Walaupun telah ada pranata fatwa dengan segenap kelengkapannya, keputusan hukumnya masih bercorak pribadi sebagai pendapat perseorangan (*faqih*). Keputusan hukum mereka jarang menunjukkan kesepakatan pendapat, dan senantiasa ada altarnatif terhadap setiap keputusan hukum yang diberikan.

Setelah diketahui ciri-ciri utama keadaan hukum Islam dewasa ini, tampak dengan nyata di mana letak hambatan yang tidak memungkinkannya mengambil peran positif dan dinamis dalam pembinaan hukum nasional. Dengan mengetahui telak hambatan-hambatan itu, dapatlah dirumuskan di sini garis besar upaya untuk mengatasinya, yaitu:[183] Pertama, harus ada kesediaan para jurist muslim sendiri untuk memberikan batasan atas luas lingkup daearah kehidupan yang dijangkau oleh hukum Islam meliputi semua bidang kehidupan, tetapi perkembangan sejarah menunjukkan penciutan bidang-bidang itu secara berangsur-angsur. Kalau ingin menjadikan hukum Islam sebagai bagian dari hukum nasional, sudah tentu juga harus ditentukan skala pioritas penggarapannya yang realistis. Pemberian batasan atas bidang penggarapan hukum Islam ini harus diikuti oleh upaya untuk merumuskan prinsip-prinsip pengambilan keputusan hukum agama yang lebih mencerminkan kebutuhan masa kini, Kedua, Pertimbangan-pertimbangan manusia harus memperoleh tempat yang layak. Bahkan titik berat proses pengambilan keputusan hukum harus ditujukan kepada integrasi pertimbangan manusiawi ini ke dalam pranata yurisprudensi. Untuk itu, dalam jangka panjang harus ditinjau kemungkinan penyusunan sebuah sistem

[183] *Ibid.*, hal. 12-14.

yurisprudensi yang lebih berantisipasi kepada kemungkinan-kemungkinan hidup masa mendatang.

Perkembangan pemikiran hukum Islam (fikih) yang lain di Indonesia adalah bagaimana menjadikan fikih sebagai pemikiran sosial yang dinamis, yang disebut "fikih sosial – kontekstual". Concern utamanya adalah bagaimana fikih tetap mempunyai keterkaitan dinamis dengan kondisi sosial yang terus berubah. Kaitan dengan ini, berupaya menggali fikih sosial dari pergulatan nyata antara "kebenaran agama" dan "realitas sosial" yang senantiasa timpang. Fikih selalu mempunyai konteks dan realitas yang bersifat dinamis.[184] Kesadaran demikianlah yang mengilhami dan mendorong perubahan orientasi bermazhab dari *mazhab fi al-qaul* menjadi *mazhab fi al-manhaj*.

Fikih adalah hasil ijtihad berdasarkan pertimbangan kejadian-kejadian aktual (*waqi'iyyah*), karena itu kalau fikih terasing dengan lingkungan sosialnya sebenarnaya bertentangan dengan karakter fikih itu sendiri. Meskipun demikian, pemahaman kontekstual tidak selalu berarti membuang seluruh khasanah dan tradisi *fikih* yang digagas para ulama masa lampau sebagai salah satu sumber inspirasi untuk menjawab gejolak zaman yang selalu berubah.

Penyikapan umat Islam terhadap kitab fikih yang "terlalu tekstual", hal ini menyebabkan fikih tidak dapat "berdialog" dengan realitas sosial. Penerapan harfiyah kitab-kitab klasik otoritatif hendaknya dikaji dalam konteks sosial dan historisnya. Penghindaran perjumpaan dengan realitas sosial akan membuat agama akan *stagnan* dan kehilangan relevansi kemanusiaannya. Jalan lain yang

[184] Huzaimah TY dan Hasanuddin, "Menjadikan Fikih sebagai Pemikiran Sosial yang Dinamis," di dalam Asrori S. Karni dan Abdul Wasik, *Pandu Ulama Ayomi Umat, Kiprah social 70 Tahun Kiai Sahal*, Cet. 1 (Majelis Ulama Indonesia, 2007), hal. 79-80.

harus dirombak "doktrin dan tradisi" yang terjadi selama ini diperlukan "*tajdid*" (pembaharuan). Telah menjadi diktum, bahwa *tajdid* mempunyai wilayah yang sangat terbatas, artinya kualitas *tajdid* mesti dinilai dari konteks historitas dan lokalitasnya.[185]

Penerapan hukum Islam terhadap situasi yang beraneka ragam, baik dalam arti masa maupun dalam arti tempat, membutuhkan fleksibilitas hukum Islam itu sendiri. Para ulama sepakat bahwa hukum itu berubah karena perubahan waktu, tempat, keadaan, adat dan niyat. Prinsip ini berlaku dalam bidang hukum yang mengatur hubungan antar manusia yang bersifat *ijtihadiyah*. Kaidah hukum tersebut didasarkan atas, [186](1) adanya aturan-aturan *rukhshah* dalam *syari'ah Islamiyah*, (2) berlakunya hukum Islam tergantung pada *illat*-nya, sesuai kaidah hukum yang dinyatakan "hukum itu terkait dengan ada atau tidakadanya *'iilat* hukum". Keberadaan *'iilat* hukum merupakan persyaratan untuk berlakunya hukum, dan ini pula yang dijadikan alasan sebagian penguasa di dunia Islam untuk mengeluarkan peraturan-peraturan yang diperlukan dalam *siyasah syar'iyyah*, (3) apabila hukum diterapkan dengan mempertimbangkan adat, dan adat tersebut berubah, maka perubahan hukumpun berubah sesuai perubahan adat, dan (4) penerapan kemaslahatan umum dapat berbeda sesuai dengan perbedaan waktu dan tempat.

---

[185] Sumanto Al Qurtuby, "Karakteristik Pemikiran Hukum KH. M.A. Sahal Mahfudh" di dalam Asrori S. Karni dan Abdul Wasik, Pandu Ulama Ayomi Umat, Kiprah Sosial 70 Tahun Kiai Sahal, *Ibid.*, hal. 97 – 99.

[186] A. Djazuli, Beberapa Aspek Pengembangan Hukum Islam di Indonesia, dalam Juhaya S. Praja, *Hukum Islam di Indonesia, Pemikiran dan Praktek*, (Bandung:PT. Remaja Rosda Karya, 1991), hal. 256-257.

Pengembangan hukum Islam perlu dengan melihat kebutuhan masyarakat tentang hukum masa sekarang baik melalui *ijtihad fardi* maupun *ijtihad jama'i.* Dalam penerapan hukum Islam bersifat sangat *fleksibel* dan mempunyai kelenturan dengan tetap tidak mengorbankan identitasnya. Kelenturan tersebut akan tetap bertahan apabila kita,[187] (1) berorientasi pada *maqashid al-syari'ah,* (2) mempertimbangkan *azimah dan rukhshah,* (3) memperhatikan adanya *qawa'id al-fiqhiyyah,* (4) mempertimbangkan *maslahah* dan *adah* yang memenuhi syarat yang akan menambah daya terhadap dinamika hukum Islam, (5) memperhatikan adanya sejumlah metode ijtihad untuk masalah yang belum dibahas para ulama masa lalu, dan (6) memperhatikan penerapan sistem musyawarah sebagai wujud kebersamaan dimana pertimbangan manusia mendapat tempat yang layak. Dengan memperhatikan aspek-aspek tersebut yang dioreintasikan pada masalah-masalah dunia sekarang, hukum Islam diharapkan mampu membuktikan dirinya sebagai *rahmatan li al-'alammin* di dalam kenyataannya.

2. 3 Pembaharuan Hukum Islam dan Perwujudannya dalam Peraturan Perundang-undangan di Indonesia

Hukum Islam sebagai suatu pranata sosial memiliki dua fungsi, pertama sebagai kontrol sosial, dan kedua sebagai nilai baru dan proses perubahan sosial. Jika yang pertama hukum Islam ditempatkan sebagai *blue-print* atau cetak biru

---

[187] *Ibid.,* hal. 259.

Tuhan yang selain sebagai Kontrol sosial juga sekaligus sebagai *social engineering* terhadap keberadaan suatu komunitas masyarakat. Sementara yang kedua, hukum merupakan produks sejarah yang dalam batas-batas tertentu diletakkan sebagai justifikasi terhadap tuntutan perubahan sosial, budaya dan politik.. Oleh karena itu, dalam konteks ini, hukum Islam dituntut akamodatif terhadap persoalan umat tanpa kehilangan prinsip-prinsip dasarnya. Karena itu apabila para pemikir hukum tidak memilki kesanggupan atau keberanian untuk mereformasi dan mengantisipasi setiap persoalan yang muncul dalam masyarakat dan mencari penyelesaian hukumnya, maka hukum Islam akan kehilangan aktualitasnya.[188]

Perubahan keadaan dan situasi membawa perubahan dalam cara berpikir ahli hukum, dan berubah pula cara menginterpretasikan kehendak Tuhan dalam memformulasikan dalam peraturan hukum. Kehendak Tuhan tentang tingkah laku manusia meliputi semua bidang kehidupan baik yang berhubungan antara manusia dengan Tuhan yang disebut hukum ibadah, maupun yang menyangkut hubungan manusia dengan manusia lainnya yang disebut hukum mu'amalah.

Adapun bidang ibadah terutama yang hanya menyangkut hubungan pribadi dengan Tuhan, maka tidak ada perubahan pemikiran tentang itu, karena semuanya didasarkan atas suatu dogma yang tidak dimasuki oleh akal manusia yang disebut syari'ah, merupakan *al-nushush al-muqaddasah* (*nash* yang suci) bersifat *ta'abbudy* dan *ghairu ta'aqqul al-ma'na*. Reformulasi didahului oleh interpretasi terhadap teks kehendak Tuhan. Interpretasi hanya berlaku terhadap

---

[188] Ahmad Rofiq, *Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia*, (Yogyakarta: Gema Media, Cet. 1, 2001), hal. 98-99.

ayat Tuhan yang tidak *qath'i* penunjukannya terhadap hukum dan diturunkan dalam bentuk tidak terurai. Tentang Sunnah, reinterpretasi akan berlaku tehadap Sunnah yang autensitasnya diragukan. Begitu pula terhadap Sunnah yang sudah diakui autensitasnya tetapi penunjukannya terhadap hukum belum tegas.[189]

Pemikiran hukum Islam di kalangan ulama Indonesia cukup berkembang sejalan dengan perkembangan pemikiran hukum Islam di kalangan ulama di negara-negara muslim lainnya. Dalam hal-hal yang pernah ditetapkan dalam kitab-kitab fikih oleh *mujtahid* terdahulu, ulama Indonesia menerima usaha reinterpretasi dalam rangka reaktualisasi hukum Islam sejauh masih berada dalam lingkup hukum yang tidak didasarkan kepada dalil yang *sharih* dan *qath'i* dan berada di luar ibadah dalam arti khusus. Terhadap kejadian yang baru muncul dalam kehidupan sosial umat Islam, ulama Indonesia cukup tanggap dalam menghadapinya dan selalu memberikan jawaban fikih dengan berpedoman kepada pertimbangan *maslahat* dan *mudharat*.[190]

Perkembangan hukum Islam di Indonesia dalam faktualnya tidak dapat terlepas dari pengaruh kultural, politik dan strktural.[191] Kultur dalam masyarakat akan berpengaruh terhadap sistem yang ada dalam masyarakat tersebut. Demikianpun hukum yang berlaku di masyarakat akan dipengaruhi budaya masyarakat tersebut, termasuk hukum Islam di Indonesia, karena mayoritas penduduk Indonesia beragama Islam, tentu akan mempengaruhi hukumnya, termasuk hukum Islam. Di dalam masyarakat inilah Islam memperkenalkan tardisi

---

[189] Amir Syarifuddin, *Pembaharuan Pemikiran dalam Hukum Islam*, (Padang: Angkasa Raya, Cet. 2, 1993), hal. 110.

[190] *Ibit.*, hal. 137.

[191] Muhsin, *Masa Depan Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Penerbit IBLAM, Cet. 1, 2004), hal. 26.

hukum baru di Indonesia. Ia menawarkan dasar-dasar prilaku sosial baru yang lebih sama rata dibanding sebelumnya. Juga mengembangkan konsepsi baru hukum untuk Indonesia dan telah mengubah ikatan kesukuan dan kedaerahan menjadi ikatan universal. Apalagi hukum Islam bersifat elastis, memperhatikan berbagai segi kehidupan dan tidak memiliki dogma yang kaku, keras dan memaksa. Elastis di sini bukan berarti hukum Islam bisa menjustifikasi apa saja, akan tetapi keberadaan ijtihad di dalam hukum Islam merupakan suatu jaminan pasti, bahwa hukum Islam akan senantiasa bersikap antisipatif terhadap perkembangan sosial. Dalam perkembangan berikutnya hukum Islam memberikan andil yang cukup besar bagi pembangunan hukum nasional.[192]

Pengaruh politik kenegaraan terhadap hukum Islam sangat signifikan, banyak perundang-undangan yang berlebel Islam, karena ini terjadi adanya hubungan kerjasama antara *ulama'* dengan *umara'* dalam menjalankan fungsi masing-masing. Ulama melakukan fungsi ijtihad baik *ijtihad fardhi* (individu) maupun *ijtihad jama'i* (kolektif) dan hasil *ijtihad ulama'* ini disebut fikih. Hasil ijtihad tersebut disumbangkan kepada *umara'* (legislatif dan eksekutif) yang mempunyai fungsi menetapkan undang-undang, menegakkannya serta menjalankan eksekusi (melaksanakan putusan hukum) sampai pada memberikan sanksi kepada pelanggar hukum. Hasil ijtihad hukum ulama' yang disumbangkan kepada *umara'* merupakan *siyasah* (politik hukum) untuk melindungi dan mengatur kemaslahatan umum.

---

[192] *Ibid.*, hal. 27.

Politik suatu pemerintahan sangat berpengaruh terhadap semua kebijakan yang ada, termasuk kebijakan perundang-undangan yang berlaku. Selanjutnya untuk mengakomodasi berbagai kepentingan dan kemajemukan tatanan hukum pemerintah mempunyai *political will*, karena itu kemudian mulai bermunculan produk perundang-undangan yang mengakomodir hukum Islam, bahkan menjadi bahan baku pementukan hukum nasional. Transformasi hukum Islam ke dalam perundang-undangan hukum nasional, disamping berupa perundang-undangan juga asas-asas hukum Islam banyak yang terserap dalam hukum nasional. Suatu kenyataan yang akan memberikan prospek ke depan lebih baik, dimana hukum Islam akan menjadi inspirasi utama dalam pembangunan hukum nasional.[193]

Proses politik suatu negara akan menghasilkan banyak kebijakan, di antaranya adalah perundang-undangan. Perundang-undangan yang merupakan produk hukum *in abstracto* memerlukan komponen lain yang akan menjadikannya ke dalam bentuk *in concreto*, yang memerlukan instrument struktural yang mengejawantahnya di tengah masyarakat. Dari sini kemudian muncul institusi atau lembaga yang melahirkan perundang-undangan atau peraturan-peraturan yang menyentuh langsung kepada masyarakat. Seperti Departemen Hukum dan HAM, Departemen Agama, Mahkamah Agung yang banyak mempengaruhi proses berkembangnya hukum Islam di Indonesia. Sebagai contoh adalah kerjasama Mahkamah Agung dengan Departemen Agama dalam merumuskan Kompilasi Hukum Islam (KHI). Kemudian dalam produk

---

[193] *Ibid.*, hal. 31.

pengadilan sebagai upaya penerapan hukum Islam dalam perkara tertentu melalui Peradilan Agama yang terhimpun dalam kumpulan yurisprudensi. Dengan demikian hakim (Peradilan Agama) memiliki peran penting dalam pembentukan hukum Islam.[194]

Kompilasi Hukum Islam (KH) di Indonesia (Inpres No. 1 tahun 1991), merupakan dinamika pembaharuan pemikiran hukum Islam, memiliki ide-ide yang dapat dianggap sebagai pantulan dari adanya kesadaran ijtihad dalam masyarakat Indonesia dibandingkan dengan fikih-fikih konvensional yang banyak dikaji di Indonesia maupun dipakai oleh hakim Peradilan Agama di Indonesia. Di bawah ini akan diungkapkan hanya sebagai sekedar contoh ide pembaharuannya.

1. Hukum perkawinan

Dalam rumusan Pasal 2 dan 3 KHI dinyatakan: " Perkawinan menurut hukum Islam adalah pernikahan yaitu *akad* yang sangat kuat atau *miitsaaqon gholidhan* untuk mentaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah" dan " Perkawinan bertujuan untuk mewujudkan kehidupan rumah tangga yang *sakinah, mawaddah* dan *rahmah*".

Mengenai ukuran sah tidaknya perkawinan dinyatakan dalam Pasal 4, 5, 6, dan 7 KHI sebagai berikut: Pasal 4 yang menegaskan, " Perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum Islam sesuai dengan Pasal 2 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan" yang dinyatakan dalam pasal dan Undang-undang itu sebagai berikut " Perkawinan sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu". Pasal 5

[194] *Ibid.*, hal. 33.

ayat (1) KHI dinyatakan " Agar terjamin ketertiban perkawinan bagi masyarakat Islam setiap perkawinan harus dicatat", (2) Pencatatan perkawinan tersebut pada ayat (1) dilakukan oleh Pegawai Pencatat Nikah sebagai mana yang diatur dalam Undang-undang No. 22 Tahun 1946 Jo. Undang-undang No. 32 tahun 1954". Pasal 6 ayat (1) dinyatakan: " Untuk memenuhi ketentuan dalam Pasal 5, setiap perkawinan harus dilangsungkan di hadapan dan di bawah pengawasan Pegawai Pencatat Nikah, (2) Perkawinan yang dilakukan di luar pengawasan Pegawai Pencatat Nikah tidak mempunyai kekuatan hukum". Pasal 7 ayat (1) dinyatakan: " Perkawinan hanya dapat dibuktikan dengan Akta Nikah yang dibuat oleh Pegawai Pencatat Nikah, dan (2) Dalam hal perkawinan tidak dapat dibuktikan dengan Akta Nikah, dapat diajukan *itsbat* nikahnya ke Pengadilan Agama".

Asas perkawinan adalah monogami. Poligami hanya dapat dibenarkan jika dilakukan atas izin isteri dan pengadilan. Pasal 55 KHI dinyatakan: "(1) Beristeri lebih dari satu orang pada waktu yang bersamaan terbatas hanya sampai empat orang istri, (2) Syarat utama beristri lebih dari seorang, suami harus berlaku adail terhadap istri-istri dan anak-anaknya, (3) Apabila syarat utama yang disebut pada ayat (2) tidak mungkin dipenuhi, suami dilarang beristri lebih dari seorang".

Usia calon mempelai telah dewasa (masak jiwa dan raganya, 21 tahun, dan izin kedua orang tua bagi usia 19 tahun untuk laki-laki dan 16 tahun bagi perempuan). Pasal 15 KHI mengungkapkan tujuan yang lebih jelas, ayat (1) dinyatakan: " Untuk kemaslahatan keluarga dan rumah tangga, perkawiinan

hanya dapat dilakukan calon mempelai yang telah mencapai umur yang ditetapkan dalan Pasal 7 UU No. 1 tahun 1974, yakni calon suami sekurang-kurangnya berumur 19 tahun dan calon istri sekurang-kurangnya berumur 16 tahun.

Perceraian dipersulit, gambaran ini dapat dilihat dalam Pasal 113, 114, 115, dan 116 KHI. Pasal 113 dinyatakan: " Perkawinan dapat putus karena: (a) kematian, (b) perceraian, dan (c) atas putusan pengadilan". Pasal 114 dinyatakan: " Putusnya perkawinan yang disebabkan kerena perceraian dapat terjadi karena talak atau berdasarkan gugatan cerai". Pasal 115 dinyatakan: " Perceraian hanya dapat dilakukan di depan sidang Pengadilan Agama setelah Pengadilan Agama tersebut berusaha dan tidak dapat berhasil mendamaikan kedua belah pihak". Dalam Pasal 116 dinyatakan: " Perceraian dapat terjadi karena alasan atau alasan-alasan: (a) salah satu pihak berbuat zina atau menjadi pemabuk, pemadat, pejudi, dan lain sebagainya yang sukar disembuhkan; (b) salah satu pihak meninggalkan pihak lain selama 2 (dua) tahun berturut-turut tanpa izin pihak lain dan tanpa alasan yang sah atau karena hal lain diluar kemampuannya; (c) salah satu pihak mendapat hukuman penjara 5 (lima) tahun atau hukuman yang lebih berat setelah perkawinan berlangsung; (d) salah satu pihak melakukan kekejaman atau penganiayaan berat yang membahayakan pihak lain; (e) salah satu pihak ,mendapatkan cacat badan atau penyakit dengan akibat tidak dapat menjalankan kewajibannya seebagai suami atau intri; (f) antara suami dan Istri terus menerus terjadi perselisihan dan pertengkaran dan tidak ada harapan akan hidup rukun lagi

dalam rumah tangga; (g) suami melanggar *taklik talak*, dan (h) peralihan agama atau *murtad* yang menyebabkan ketidak rukunan dalam rumah tangga.

Dikembangkannya prinsip musyawarah antara suami dengan istri. Pasal 77, 78, 79 KHI dinyatakan: Pasal 77 ayat (1) Suami istri memikul kewajiban yang luhur untuk menegakkan rumah tangga yang *sakinah*, *mawaddah* dan *rahmah* yang menjadi sendi dasar dari susunan masyarakat, (2) Suami istri wajib saling cinta mencintai, hormat menghormati, setia dan memberi bantuan lahir batin yang satu kepada yang lain, (3) suami istri memikul kewajiban untuk mengasuh dan memelihara anak-anak mereka, baik mengenai pertumbuhan jasmani, rohani maupun kecerdasannya dan pendidikan agamanya, 4) Suami istri wajib memelihara kehormatannya, dan (5) Jika suami atau istri melalaikan kewajibannya masing-masing dapat mengajukan gugatan kepada Pengadilan Agama. Pasal 78 KHI dinyatakan dalam ayat (1) Suami istri harus mempunyai tempat kediaman yang tetap; dan (2) Rumah kediaman yang dimaksud dalam ayat (1), ditentukan oleh suami istri bersama. Pasal 79 KHI dinyatakan (1) Suami adalah kepala rumah tangga, dan istri ibu rumah tangga, (2) Hak dan kedudukan istri adalah seimbang dengan hak dan kedudukan suami dalam kehidupan rumah tangga dan pergaulan hidup bersama dalam masyarakat; dan (3) Masing-masing pihak berhak untuk melakukan perbuatan hukum.

2. Hukum Kewarisan

Kompilasi Hukum Islam (KHI) mengakomodir kebiasaan masyarakat (adat) yang tidak lazim pada fikih konvensional khususnya fikih madzhab Syafi'i yang sudah populer digunakan oleh Pengadilan Agama untuk pedoman dalam memutus perkara yang diajukan kepadanya, di antaranya sebagai berikut.

Pembagian warisan dengan cara damai. Pasal 183 KHI dinyatakan: " bahwa ahli waris dapat bersepakat melakukan perdamaian dalam pembagian harta warisan setelah masing-masing menyadari bagiannya". Dalam hukum Islam dikenal kaidah hukum, yaitu: " *al- adah muhakkamah*" (adat kebiasaan dapat dijadikan hukum). Adat kebiasaan yang dapat dijadikan hukum apabila adat kebiasaan itu membawa *manfaat* dan kebaikan.

Pengantian kedudukan (*mawali*). Model ahli waris pengganti diatur dalam Pasal 185 KHI sebagai berikut. Ayat (1) Ahli waris yang meninggal lebih dulu daripada pewaris, maka kedudukannya dapat digantikan oleh anaknya, kecuali mereka yang tersebut dalam Pasal 173, dan ayat (2) Bagian ahli waris pengganti tidak boleh melebihi dari bagian ahli waris yang sederajat dengan yang diganti. Demikian pula dalam Pasal 209 KHI dinyatakan, ayat (1) harta peninggalan anak angkat dibagi berdasarkan pasal-pasal 176 sampai dengan Pasal 193 tersebut di atas, sedangkan terhadap orang tua angkat yang tidak menerima wasiat diberi *wasiat wajibah* sebanyak-banyaknya 1/3 dari harta warisan anak angkatnya, ayat (2) dinyatakan: " Terhadap anak angkat yang tidak menerima wasiat diberi *wasiat wajibah* sebanyak-banyaknya 1/3 dari harta warisan orang tua angkatnya".

Warisan anak zina atau *anak li'an*. Pasal 186 KHI dinyatakan: "Anak zina atau *anak li'an* hanya mempunyai hak waris kepada ibu atau keluarga ibunya. tidak masalah apabila yang mengawini itu adalah laki-laki yang menzinai. Lalu yang menjadi masalah adalah bagaimana kawin hamil itu yang mengawini adalah laki-laki yang tidak menzinai.

Pembagian warisan ketika pewaris masih hidup. Pasal 187 KHI dinyatakan, ayat (1) Bilamana pewaris meninggalkan harta peninggalan, maka oleh pewaris semasa hidupnya atau oleh para ahli waris dapat ditunjuk beberapa orang sebagai pelaksana pembagian warisan dengan tugas: (a) mencatat dalam suatu daftar harta peninggalan, baik berupa harta bergerak maupun tidak bergerak yang kemudian disahkan oleh para ahli waris yang bersangkutan, bila perlu dinilai harganya dengan uang, (b) menghitung jumlah pengeluaran untuk kepentingan pewaris sesuai dengan Pasal 175 ayat (1) sub a, b, dam c, (2) Sisa dari pengeluaran dimaksud di atas adalah merupakan harta warisan yang harus dibagikan kepada ahli waris yang berhak.

Dirinci lagi dalam Pasal 188 KHI dinyatakan " Para ahli waris, baik secara bersama-sama atau perorangan dapat mengajukan permintaan kepada ahli waris yang lain untuk melakukan pembagian harta warisan. Bila ada di antara ahli waris yang tidak menyetujui permentaan itu, maka yang bersangkutan dapat mengajukan gugatan melalui Peradilan Agama untuk melakukan pembagian warisan". Sementara Pasal 175 dinyatakan, ayat (1) Kewajiban ahli waris terhadap pewaris adalah (a) mengurus dan menyelesaikan sampai pemakaman jenazah selesai, (b) menyelesaikan baik

utang-utang berupa pengobatan, perawatan, termasuk kewajiban pewaris maupun menagih piutang, (c) menyelesaikan wasiat pewaris, (d) membagi harta warisan di antara ahli waris yang berhak, (2) tanggungjawab ahli waris terhadap utang atau kewajiban pewaris hanya terbatas pada jumlah atau nilai harta peninggalannya.

Sistem kewarisan kolektif. Pasal 189 KHI dinyatakan, ayat (1) Bila harta warisan yang akan dibagi berupa lahan pertanian yang luasnyya kurang dari dua hektar supaya dipertahankan sebagainama semula, dan dimanfaatkan untuk kepentingan bersama para ahli waris yang bersangkutan, (2) Bila ketentuan dalam ayat 1) pasal ini tidak memungkinkan karena di antara ahhli waris yang bersangkutan ada yang memerlukan uang, maka lahan tersebut dapat dimiliki oleh seorang atau lebih ahli waris yang berhak sesuai dengan bagiannya masing-masing, dengan cara memiliki lahan menggantikan atau memberikan konpensasi sebesar atau senilai bagian ahli waris yang membutuhkannya.

Harta bersama atau *gono-gini*. Pasal 190 KHI dinyatakan: " Bagi pewaris yang beristri lebih seorang, maka masing-masing istri berhak mendapatkan bagian atas *gono-gini* dari rumah tangga dari suaminya, sedangkan keseluruhan bagian pewaris adalah menjadi hak para ahli warisnya". Cara pembagian *gono-gini* dilaksanakan sebelum harta warisan dibagi kepada ahli waris lain. Harta warisan dibagi dua atau lebih menurut jumlah istri yang ada sebanding dengan lamanya waktu masing-masing istri mengarungi bahtera perkawinan denga pewaris (suaminya), baru setelah itu

dibagi kepada ahli waris lainnya. Harta bersama atau *gono-gini* dalam Kompilasi Hukum Islam ini merupakan pembaharuan dalam fikih Indonesia, yang sebelumnya belum dibicarakan dalam kitab-kitab fikih yang konvensional.

3. Hukum Perwakafan

Pasal 215 KHI dinyatakan: " Wakaf sebagai perbuatan hukum seseorang atau kelompok orang atau badan hukum dengan cara memisahkan sebagian dari harta benda miliknya dan melembagakannya untuk selama-lamanya guna kepentingan ibadat atau keperluan umum lainnya sesuai dengan ajaran Islam". Di sini wakif dikembangkan dapat dilakukan oleh badan hukum, tidak hanya orang atau orang-orang dan perkembangan dalam hukum perwakafan di Indonesia dibanding dengan fikih konvensional adalah adanya pencatatan yang bersifat yuridis administratif. Ini dimaksudkan untuk meningkatkan kemaslahatan yang ingin dicapai oleh tindakan wakaf itu sehingga tidak mudah disalah gunakan oleh pihak-pihak tertentu yang tidak bertanggungjawab.

Pembaharuan dalam hukum perkawinan, kewarisan da perwakafan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) di atas dibandingkan dengan fikih konvensional, bernuansa:[195] Pertama, kebijakan administratif, sebagai usaha menjembatani fikih yang tidak akan berubah dengan tuntutan masyarakat yang sudah berubah dengan tuntutan kekinian dengan membuat kebijakan

[195] Ahmad Rofiq, Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia, *op. cit.*, hal. 126 – 128.

administratif. kedua, Aturan tambahan, yang ditempuh dengan tanpa mengurangi dan mengubah materi fikih yang sudah ada, dengan mempertimbangkan keadaan hukum sosial kemasyrakatan yang ada, seperti dikemukakannya ahli waris pengganti. Ketiga, menempuh cara *talfiq*, yaitu meramu beberapa pemikiran atau hasil ijtihad dalam suatu masalah tertentu menjadi satu bentuk yang kelihatannya seperti baru, seperti dapat dilihat dalam rumusan tentang perjanjian *taklik talak*, yang kemudian menjadi bagian tak terpisahkan dalam rangkaian akad nikah, setiap selesai akad nikah suami diharuskan membaca taklik talak sebagai perjanjian perkawinan. Keempat, reinterpretasi dan reformulasi, yaitu mengkaji ulang dalil dan bagian-bagian fikih yang tidak aktual lagi dalam situasi dan kondisi tertentu, untuk kemudian disusun penafsiran dan formulasi baru.

Terdapat empat corak dalam pembaharuan hukum Islam yang terjadi di negeri-negeri muslaim, termasuk di Indonesia, yaitu[196]: (1) Dikodifikannya hukum Islam menjadi hukum perundang-undangan negara yang disebutnya sebagai doktrin *siyasah*, (2) Tidak terikatnya umat Islam pada hanya satu mazhab hukum tertentu, yang disebut dengan *doktrin takhayyur* atau menyeleksi pendapat mana yang paling dominan dalam masyarakat, (3) Perkembangan hukum dalam mengantisipasi perkembangan peristiwa hukum yang baru timbul, yang disebut dengan doktrin *tatbiq*, dan (4) Perubahan hukum yang baru timbul, yang disebut dengan *tajdid* atau *neo ijtihad*.

---

[196] Noul J. Coulson, *A History of Islamic Law*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 1964, hal. 181-217.

Ditinjau dari segi hukum, hukum Islam dapat dibedakan menjadi hukum Islam yang dapat dikategorikan sebagai *ius konstitutum* (hukum positif), yaitu hukum Islam yang berlakunya dapat dipaksakan oleh negara, dan hukum Islam yang dapat dikategorikan sebagai *ius konstituendum*, yaitu hukum Islam yang berlakunya tidak dapat dipaksakan oleh negara. Di negara Indonesia kewenangan membuat undang-undang berada pada tangan pemerintah bersama dengan Dewan Perwakilan Rakyat. Penyebutan kata undang-undang mengandung arti hukum yang dikehendaki adalah yang tertulis, sesuai aliran yang dianut oleh tata hukum modern.

Terdapat peran hukum Islam dalam pembentukan peraturan perundang-undangan, secara kenyataan sosial, hukum Islam merupakan satu sistem hukum yang berlaku di Indonesia di damping sistem hukum Adat, sistem hukum Barat dan sistem hukum nasional yang dibentuk sejak kemerdekaan. Kebijakan hukum ke depan, yaitu menata sistem hukum nasional yang menyeluruh dan terpadu dengan mengakui dan menghormati hukum agama dan hukum Adat serta memperbaharui perundang-undangan warisan kolonial dan hukum nasional yang diskriminatif, termasuk ketidak adilan *gender* dan tidak kesesuaiannya dengan tuntutan reformasi melalui program legislasi.[197]

Pada masa kemerdekaan hingga sekarang, konstribusi hukum Islam dalam hukum nasional telah banyak ditetapkan, baik secara sub sistem dalam salah satu pasalnya juga secara eksplisit dicantumkan dalam perundang-undangan maupun dalam peraturan pemerintah. Konstribusi hukum Islam

---

[197] *GBHN Tahun 1999, Bab IV huruf A. 2.*

secara sub sistem, misal dalam Pasal 5 Undang-undang No. 5 Tahun 1960 Tentang Undang-undang Pokok Agraria (UUPA) dinyatakan: "Hukum agraria yang berlaku atas bumi, air dan ruang angkasa ialah hukum adat, sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan nasional dan negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa, dengan nasionalisme Indonesia serta dengan peraturan-peraturan yang tercantum dalam perundang-undangan ini dan dengan peraturan perundang-undangan lainnya, segala sesuatu dengan mengindahkan unsur-unsur yang bersandar pada hukum agama, dan dalam Pasal 49 (3) dinyatakan: "Perwakafan tanah milik dilindungi dan diatur dengan Peraturan Pemerintah".

Berikut ini merupakan perkembangan hukum Islam yang secara ekplisit dicantumkan dalam peraturan perundang-undangan maupun Peraturan Pemerintah Republik Indonesia, yakni:

1. Undang-undang No, 22 Tahun 1946 Jo. Undang-undang No. 32 Tahun 1954 Tentang NTCR;
2. Undang-undang No. 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria, eks Pasal 5 Jo. Pasal 49 (3);
3. Undang-undang No. I Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Peraturan Pemerintah No. 9 tahun 1975 Tentang Aturan Pelaksanaannya;
4. Peraturan Pemerintah No. 28 Tahun 1977 tentang Perwakafan Tanah Milik sebagai pelaksanaan Pasal 49 (3) Undang-undang No. 5 Tahun 1960 tentang Undang-undang Pokok Agraria;
5. Undang-undang No. 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf;

6. Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, Jo. Undang-undang No. 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama;
7. Inpres Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam (KHI)
8. Undang-undang No. 2 Tahun 1992 Tentang Pendidikan Nasional;
9. Undang-undang No. 7 Tahun 1992 jo. Undang-undang No. 10 Tahun 1998 jo. Undang-undang No. 23 tentang sistem Perbankan Nasional.
10. Undang-undang No. 17 Tahun 1999 Tentang Penyelenggaraan Haji;
11. Undang-undang No. 33 Tahun 1999 Tentang Pengelolaan Zakat;
12. Peraturan Pemerintah No. 72 Tahun 1992 tentang Bank Berdasarkan bagi hasil;
13. Undang-undang Republik Indonesia Nomor 50 Tahun 2009 Tentang Perubahan Kedua Atas Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama ;
14. Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah.

Bagi suatu Negara yang berdasarkan hukum, kesiapan sistem hukum nasional merupakan suatu hal yang sangat penting dalam memasuki globalisasi. Peranan hukum di waktu yang akan datang menjadi bertambah penting dalam kehidupan bangsa dan negara, sebab hukum tidak hanya berfungsi sebagai pranata keamanan dan ketertiban masyarakat serta stabilitas nasional, tetapi lebih dari itu hukum dibutuhkkan sebagai sarana pembangunan masyarakat. Disamping penyusunan perundang-undangn, perlu ditempuh jalan lain yaitu meningkatkan fungsi badan-badan peradilan serta

meningkatkan mutu dan keterampilan aparatur penegak hukum dan pelayanan hukum, sebab sempurnyanya perangkat hukum tidak selalu menjamin terlaksananya ketentuan hkum apabila tidak ada aparatur penegak hukum yang dapat diandalkan untuk menegakkan ketentuan hukum yang berlaku atau apabila tidak ada aparatur pelayanan hukum yang tanggap untuk dalam waktu cepat dan tepat melayani masyarakat, sehingga terpenuhi kebutuhan hukumnya.

2. 4 Transformasi Hukum Islam ke dalam Legislasi Nasional

Arah kebijakan hukum mendatang antara lain mengamanatkan agar diakui dan dihormati hukum agama (termasuk hukum Islam) dalam menata hukum nasional yang menyeluruh dan terpadu dan diupayakan agar segala peraturan perundang-undangan tidak bertentangan dengan moral agama. Allah mewajibkan kepada umat Islam untuk melaksanakan *syari'at* Islam dalam kehidupan mereka pribadi, bermasyarakat dan bernegara. *Syar'iat* wajib dilaksanakan, baik sebagai agama maupun sebagai pranata sosial. *Syari'at* antara lain terdiri dari norma-norma yang harus dilaksanakan berdasarkan kesadaran, dan norma-norma yang dalam keadaan normal harus dilaksanakan berdasarkan kesadarran dengan cara menegakkannya dengan bantuan alat-alat perlengkapan negara. Dengan kata lain dapat dikatakan bahwa syari'ah terdiri dari norma-norma etika, norma-norma moral, dan norma-norma hukum.

Syari'ah belum berupa peraturan-peraturan yang tersusun secara sistemetis dan siap untuk diterapkan dalam masyarakat yang memiliki sistem

sosial yang berbeda-beda dan selalu mengalami perubahan dari waktu ke waktu. Untuk itu perlu ijtihad dengan menggunakan penalaran dari para *ulama'* dan *qadli*. Hasil ini tersusun secara sistemetis dalam fikih Islam, maka fikih tersebut merupakan hasil ulahan dari para *fuqaha'* dan *qadli* tersebut dengan menggunakan metode tertentu dalam rangka penerapan syari'ah dalam suatu dalam suatu sistem sosial dan pada waktu tertentu. Masyarakat Islam dalam menerapkan syari'ah, mencukupkan diri dengan menerapkan ajaran-ajaran fikih mazhab yang mereka anut. Masyarakat Islam yang baru tumbuh, menghadapi permasalahan dalam penerapan atau mentransformasikan syari'ah melalui penerapan fikih pada mazhab tersebut, dalam sistem sosial yang berbeda dengan sistem sosial yang melatar belakangi ajaran fikih tersebut.

Untuk memecahkan masalah mentrasformasikan fikih atau hukum Islam sebagai *ius constituendum* dalam hukum nasional sebagai *ius constitutum* menggunakan pendekatan teori pertingkatan hukum yang dinyatakan, bahwa berlakunya suatu hukum harus dikembalikan kepada hukum yang lebih tinggi kedudukannya. Dengan demikian akan didapatkan pertingkatan sebagai berikut: (1) Ada cita-cita hukum *(Rechtsidee)* yang merupakan norma yang abstrak, (2) Ada norma antara (*law in books*) yang dipakai sebagai perantara untuk mencapai cita-cita, dan (3) Ada norma kongkrit (*concrete norm*) yang dinikmati orang sebagai hasil penerapan norma antara atau penegakannya di pengadilan. Apabila teori pertingkatan hukum ini diterapkan pada permasalahan hukum Islam sebagai sumber hukum nasional yang akan datang, maka gambaran pertingkatan hukumnya sebagai berikut: (a) Norma abstrak, yaitu nilai-nilai di dalam kitab suci

al-Qur'an (universal dan abadi dan tidak boleh dirubah manusia), (b) Norma antara, yaitu asas-asas serta pengaturan, hasil kreasi manusia sesuai situasi, kondisi, budaya dan kurun waktu, muncul sebagai peraturan Negara, pendapat ulama, pakar/ilmuwan, kebiasaan, dan (c) Norma konkrit, yaitu semua hasil penerapan dan pelayanan hukum kreasi manusia bukan Nabi, serta hasil penegakan hukum di pengadilan (hukum positif, *living law*). Secara ringkas dapat dirumuskan sebagai berikut: (1) Nilai-nilai Islam, (2) Asas-asas dan penuangannya dalam hukum nasional, dan (3) terapannya dalam hukum positif serta penegakannya.[198]

Konstribusi dalam bentuk asas-asas hukum sangat penting, mengingat bahwa: (a) Asas-asas hukum merupakan unsur yang mendasari kaidah hukum, sehingga apabila asas-asas hukum tertentu dapat diterima sebagai asas-asas hukum nasional, maka seruruh kaidah hukum akan mendapat jiwa dan semangat dari asas tersebut, (b) Asas hukum berisi dan mencerminkan prinsip-prinsip yang terkandung dalam cita hukum, fungsi dan tujuan hukum. Adanya asas hukum akan mencerminkan penerapan dan penegakan hukum secara adil, tepat dan bermanfaat bagi individu dan masyarakat. Asas hukum merupakan kendali agar kaidah hukum tidak diterapkan atau ditegakkan secara menyimpang dari cita hukum, fungsi dan tujuan hukum, dan (c) Asas hukum merupakan instrument dinamisator suatu kaidah, sehingga tetap dapat diterapkan dan ditegakkan secara adil, benar, tepat dan bermanfaat terhadap individu dan masyarakat.

---

[198] Taufiq, "transformasi Hukum Islam ke dalam Ligeslasi Nasional," *Mimbar Hukum No. 49 Thn. XI 2000*, hal. 8.

Akan sangat besar konstribusinya apabila dapat dikemukakan kesejajaran dari berbagai hukum Islam dengan kebutuhan pembangunan hukum nasional yang mengandung sendi-sendi hukum yang demokratis, berdasarkan asas-asas negara konstitusi dan negara berdasarkan asas hukum serta berdasarkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.[199]

Mengenai kemungkinan konstribusi kaidah-kaidah hukum Islam, perlu dipahami beberapa karakteristiknya, antara lain adalah: (a) Kaidah hukum Islam secara normatif semata-mata akan berlaku bagi orang-orang yang beragama Islam dan kaidah hukum yang bersifat umum yang dapat diperlakukan pada semua orang tanpa harus menyentuh kepercayaan (agama) dari yang bersangkutan, (b) Kaidah-kaidah hukum yang berkaitan dengan ibadah dan mu'amalah. Hal-hal yang bersifat ibadah, hanya berlaku bagi mereka yang beragama Islam, hal-hal yang menyangkut mu'amalah ada pula yang hanya berlaku bagi mereka yang beragama Islam dan dapat berlaku secara umum.

Jalur kontribusi hukum Islam, ditinjau dari perspektif pembinaan hukum nasional dapat lewat peraturan perundang-undangan atau melalui yurisprudensi, hukum kebiasaan dan putusan putusan lain yang bukan peraturan perundang-undangan.[200]

Kontribusi melalui pereturan perundang-undangan, karena peraturan perundang-undangan dapat beraneka ragam, maka kontribusi hukum Islam dapat terjadi pada setiap macam peraturan perundang-undangan, mulai dari UUD sampai pada peraturan tingkat daerah. Kontribusi peraturan perundang-undangan

---

[199] Ahmad Fathoni, "Peranan Hukum Islam dalam Pembentukan Hukum Nasional: Tinjauan Menurut Sistem Politik Hukum," *Mimbar Hukum No. 64 Thn. XV 2006*, hal. 26.

[200] *Ibit.*, . hal. 27.

sampai saat ini sangat terbatas, karena beberapa hal: (a) Sampai saat ini usaha menempatkan hukum Islam dalam peraturan perundang-undangan nasional lebih diarahkan pada ketentuan yang khas berlaku bagi mereka yang beragama Islam, (b) Pemikiran memasukkan hukum Islam dalam sistem perundang-undangan nasional banyak yang diarahkan pada asas-asas hukum yang umum, yang dapat berlaku secara umum.

Kontribusi melalui *yurisprudensi* merupakan instrument lain dalam pembentukan hkum. Pereturan perundang-undangan di bidang kekuasaan kehakiman, mewajibkan hakim untuk menemukan hukum yang tepat dalam menetapkan suatu putusan. Hal ini diperlukan agar hakim dapat memberikan keadilan sebagaimana mestinya. Dalam kesempatan semacam itu, hakim dapat mempergunakan asas atau kaidah hukum Islam yang dipandang dapat memenuhi rasa keadilan dari para pencari keadilan.

Kontribusi melalui pengembangan hukum kebiasaan, hal ini apabila hukum Islam telah menjadi suatu kenyataan yang berakar dalam kehidupan masyarakat, maka hukum tersebut akan berlaku dan dijalankan tanpa harus menunggu pengukuhan oleh peraturan perundang-undangan.

Salah satu masalah dalam sub bab ini ialah metode dan teknik apa yang telah digunakan oleh ulama untuk mentransformasikan fikih (hukum Islam) sebagai norma antara dalam hukum nasional sebagai norma konkrit. Hukum yang berlaku di masyarakat muslim Indonesia yang berkaitan dengan agama Islam adalah hukum perkawinan dan hukum kewarisan sebagai contoh dan telah menjadi hukum nasional.

Adapun metode transformasi hukum Islam sebelum Abad ke XX adalah melalui metode hilah dengan pendekatan kultural. Setelah pengaruh Islam meluas ke wilayah-wilayah di luar jazirah Arab, hukum Islam dalam bentuk fikih mulai masuk ke wilayah tersebut. Hukum Islam (fikih) berhadapan dengan hukum yang telah lama berlaku dalam masyarakat wilayah tersebut. Para ulama membiarkan hukum yang telah berlaku tersebut, tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan hukum Islam, tetapi mereka tahap demi tahap mengganti bahasa hukum yang telah berlaku tersebut dengan bahasa fikih, mensosialisasikan lembaga-lembaga hukum dalam fikih ke dalam hukum yang telah berlaku dan mengganti lembaga-lembaga hukum yang telah berlaku dan bertentangan dengan ketentuan fikih, dengan lembaga hukum fikih yang serupa atau lembaga hukum fikih yang tidak serupa.

Setelah agama Islam masuk ke Indonesia, hukum Islam pula masuk bersamanya. Para ulama dalam melaksanakan kewajiban mereka mengislamkan hukum yang telah berlaku di wilayah Indonesia, atau mentransformasikan hukum Islam dengan hukum yang telah berlaku dan berupa hukum kebiasaan. Oleh karena itu hukum kebiasaan yang telah ada tetap dibiarkan berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan hukum fikih, tetapi bahasa hukumnya diganti dengan bahasa fikih. Adapun lembaga hukum kebiasaan yang berlaku, tetapi bertentangan dengan ketentuan fikih, misalnya lembaga hukum kewarisan, mereka berusaha untuk menggantikannya secara bertahap dengan lembaga hukum *fikih* yang

serupa, yaitu ketentuan *faraidh mazhab Syafi'i* atau lembaga hukum fikih lainnya yaitu hibah dan wasiat, dengan pendekatan kultural.[201]

Sebagai contoh, hukum kewarisan yang masuk di Indonesia ialah hukum Islam yang belatar belakang kekerabatan *patreleneal*, sistem yang menentukan bahwa anggota kerabat terdiri dari laki-laki yang mempunyai hubungan darah melalui garis laki-laki. Sementara itu sistem kekerabatan di wilayah Indonesia beragam, sebagian menganut sistem kekerabatan *matreleneal* (garis ibu) dan sebagian yang lain menganut sistem kekerabatan *parintal* (garis ibu – bapak). Sedang sistem kewarisan sangat erat kaitan dengan system kekerabatan. Menurut sistem kewarisan *faraidl* tersebut kerabat yang hubungan darahnya menurut garis perempuan baru mendapat warisan, kalau ahli waris yang bagiannya ditentukan oleh al-qur'an dan ahli waris menurut garis laki-laki bila punah. Sementara itu menurut sistem hukum kewarisan *matreleneal*, harta warisan hanya jatuh pada ahli waris perempuan menurut garis ibu. Menurut sistem kewarisan *parental* keturunan baik menurut garis bapak maupun garis ibu dan bagian laki-laki sama engan bagian perempuan. Menurut kewarisan adapt dalam ketiga sistem tersebut, warisan hanya jatuh kepada keturunan. Berbeda dengan kewarisan Islam, warisan disammping jatuh kepada keturunan juga jatuh kepada orang tua dan janda serta duda.

Oleh karena itu, ulama dalam mentransformasikan hukum kewarisan Islam dalam hukum Adat dengan dua cara: [202] (1) Mensosialisasikan hukum kewarisan Islam melalui peningkatan kualitas keislaman masyarakat, dengan

---

[201] Taufiq, " Transformasi hukum Islam ke dalam Legislasi Nasional," *op. cit.*, hal. 9.
[202] *Ibit.*, hal. 9.

sasaran masyarakat akan menerapkan hukum kewarisan Islam dan meninggalkan hukum kewarisan Adat yang bertentangan dengan hukum kewarisan tersebut, dan (2) Mengganti hukum kewarisan Islam dengan hukum kewarisan hibah dan wasiat, yaitu sistem kewarisan dengan cara pemilik harta sebelum meninggal dunia membagi hartanya kepada keluarga dekatnya atau orang-orang lain melalui lembaga hibah atau wasiat sesuai dengan kemauannya, sehingga setelah meningalnya pewaris, hartanya sudah terbagi habis.

Dalam bidang hukum perkawinan, ulama mentransformasikan hukum perkawinan Islam dengan menggantikan hukum perkawinan Adat dengan hukum perkawinan Islam, kemudian hukum perkawinan Adat tersebut diturunkan dari lembaga hukum menjadi menjadi ketentuan moral. Kemudian hukum perkawinan Islam diberikan status sebagai hukum positif, dan dilaksanakan bersama-sama dengan kketentuan Adat sebagai moral.

Transformasi hukum Islam pada Abad XX pada negara-negara yang mayoritas penduduknya beragama Islam yang baru terlepas / merdeka dari penjajahan Barat, kemudian dalam kawasan tersebut lahir Negara-negara nasional yang agama Islam setidak-tidaknya sebagaiagama resmi. Pada masa penjajahan di negara-negara tersebut diperlakukan hukum Barat baik hukum privat maupun hukum publiknya, kecuali hukum keluarga (*al-ahwal al-syakhshiyyah*), tetap berlaku hukum Islam baik formil maupun materiilnya. Sesudah lepas dari penjajahan, negara-negara tersebut berusaha untuk membentuk sistem hukum nasionalnya sendiri untuk menggantikan hukum kolonial. Dalam pembentukan hukum nasional mereka, mereka berusaha mentransformasikan hukum Islam

dalam hukum nasional mereka. Untuk itu mereka menghadapi kenyataan bahwa sebagian hukum yang telah berlaku berasal dari hukum barat yang dibawah oleh pemerintah kolonial.

Untuk menjawab tantangan tersebut di atas serta untuk menjawab tantangan perubahan sosial yang ada, maka hukum Islam dapat ditransformasikan dengan menggunakan teknik-teknik sebagai berikut:[203] (1) *Takhshish al-qadla,,* yaitu hak negara untuk memberikan kewenangan peradilan baik dari sesi orang, wilayah, yurisdiksinya dan hukum acara yang diterapkan. Negara dapat mengambil kebijaksanaan prosedural untuk memberikan peradilan agar menerapkan ketentuan hukum keluarga dalam situasi tertentu, tanpa berusaha untuk merubah substansi hukum Islam tersebut, (2) *Takhayyur*, memilih ajaran-ajaran fikih selain dari mazhab mayoritas masyarakat, apabila pendapat tersebut lebih sesuai dengan perkembangan masyarakat daripada ajaran mazhab yang dianut mayoritas masyarakat tersebut. Teknik ini juga dikenal dengan teknik *talfiq*, yaitu menggabungkan beberapa ajaran mazhab yang berbeda, (3) Reinterpretasi, melakukan interpretasi baru terhadap ayat-ayat al-Qur'an dan al-Hadits berkenaan dengan perubahan sosial. Sebagai contoh mengenai ketentuan dalam beberapa undang-undang keluarga di negara-negara Timur Tengah yang menentukan bahwa seorang yang akan melakukan poligami, harus mendapatkan izin pengadilan. Demikian undang-undang keluarga Tunisia menentukan bahwa perceraian harus dilakukan di hadapan pengadilan, dan (4) *Siyasah syar'iyyah,*

[203] *Ibid.*, hal. 10 – 11.

berupa kebijakan penguasa untuk menerapkan peraturan-peraturan administratif yang bermanfaat dan tidak bertentangan dengan syari'ah.

Dalam keadaan yang sangat terbuka sebagai konsekuensi era reformasi dan dalam waktu bersamaan dalam kondisi yang kritis seperti sekarang ini, hukum Islam atau fikih mempunyai peran lebih besar sebagai sumber hukum nasional. Arti sumber di sini akan mengalami perkembangan yang sangat signifikan, bukan saja dalam sistem peradilan yang sudah tegas dalam lingkungan Peradilan Agama, seperti selama ini, namun juga dalam sistem peradilan (meliputi materi hukum dan sistem kerja peradilan dalam rangka supremasi hukum) yang lebih luas. Termasuk dalam konteks ini menempatkan fikih dalam salah satu bentuk ilmu hukum dalam dunia hukum, yang dapat memberi arti bahwa fikih atau hukum Islam menjadi sumber kajian dalam ilmu hukum dan sekaligus sebagai sumber hukum materiil.

Kalau menempatkan fikih atau hukum Islam dalam jajaran sumber ilmu hukum secara umum, maka dalam tataran operasional atau hukum materiil, fikih atau hukum Islam dapat dijadikan sumber melakui beberapa jalur dan alur antara lain sebagai berikut:[204] (1) Peraturan perundang-undangan. Di sini fikih dapat berperan baik sebagai hukum materiil ataupun fikih dalam konteks etika/moralitas hukum, (2) Sumber kebijakan pelaksana pemerintahan yang tidak selalu dalam pengertian legislasi sebagaimana Pereturan Pemerintah, namun dalam konteks kedisiplinan yang pada akhirnya berkaitan dengan nilai-nilai legislasi pula, (3) Yurisprudensi, ini jelas sekali dengan sistem hukum yang dianut di Indonesia

[204] A. Qodri Azizy, " Hukum Islam sebagai Sumber Hukum Positif dalam Reformasi Hukum Nasional, " *op. cit.*, hal. 86.

bahwa setiap hakim dapat menjadi sumber itu sendiri terutama sekali ketika hukum tertulis itu belum diwujudkan, (4) Sumber bagi penegak hukum. Perjalanan proses hukum di Indonesia menuju kepada proses, dimana seorang hakim akan mengeluarkan putusan hukum tidak akan lepas sama sekali dari proses yang dilakukan oleh mereka yang berperkara, (5) Sumber ilmu hukum atau filsafat hukum. Di sini secara umum hukum Islam mempunyai kedudukan yang sama dengan ilmu hukum Barat. Akan tetapi untuk masyarakat Indonesia yang mayoritas beragama Islam, seharusnya mempunyai kedudukan yang lebih besar, oleh karena dapat ditempatkan pada posisi kesadaran umat Islam untuk mempraktekkannya, dan (6) Sumber nilai-nilai budaya masyarakat. Ini yang biasanya disebut dengan pembudayaan nilai-nilai Islam atau Islam kultural. Bahkan sekaligus menjadikan hukum Islam sebagai sumber hukum Adat, dan dalam fikih mengenal *'urf* (kebiasaan) dan *'adah* (adat) yang juga terdapat kaidah *"al-'adah muhakkamah"* (adat kebiasaan dapat dijadikan sumber hukum).

Perkembangan kearah adopsi yang makin luas terhadap hukum Islam yang bersesuaian dengan dinamika kesadaran hukum dalam masyarakat kita, yang dituangkan dalam bentuk peraturan perundang-undangan serta diwujudkan dalam esensi kelembagaan hukum yang dikembangkan dapat dikaitkan pula dengan pertimbangan-pertimbangan yang bersifat filosofis dan ketatanegaraan.

Secara umum dapat diakui bahwa UUD 1945 mengakui dan menganut ide Ketuhanan Yang Maha Esa dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Ide Ketuhanan Yang Maha Esa itu tidak saja ditegaskan alam rumusan Pembukaan UUD yang menyebut secara eksplesit adanya pengakuan ini, tetapi

juga dengan tegas mencantumkan ide Ketuhanan Yang Maha Esa itu sebagai sila yang pertama dan utama dalam rumusan Pancasila. Bahkan dapam Pasal 29 UU 1945, ditegaskan pula bahwa negara berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.

Ide Kemaha Esaan Tuhan itu bahkan dikaitkan pula dengan ide Ke-Maha kuasaan Tuhan yang tidak lain merumakan gagasan Kedaulatan Tuhan dalam pemikiran kenegaraan Indonesia. Namun, prinsip Kedaulatan Tuhan itu berbeda dari paham teokrasi Barat yang dijelmakan dalam kekuasaan raja. Maka berdasarkan system pemikiran ketatanegaraan berdasrkan UUD 1945, hal itu dijelmakan dalam prinsip-prinsip kedaulatan rakyat yang dijadikan sumber kewenangan hukum bagi upaya pemberlakuan sistem hukum Islam itu dalam kerangka hukum nasional.

Dari perspektif hukum Islam, proses pemikiran demikian dapat dikaitkan dengan pemahaman yang berhubungan erat dengan penafsiran enovatif terhadap ayat al-Qur'an yang mewajibkan ketaatan kepada Allah, kepada Rasulullah, dan kepada *'ulul amri'*. Pengertian *'ulul amri'* yang seringkali disalahpahami sebagai konsep mengenai pemimpin (*waliyu al-amri'*), justru dipahami sebagai konsep mengenai "perwakilan kepemimpinan" atau " para pemimpin yang mewakili rakyat" *(ulul amri')*. Karena itu, konsep parlemen dalam pengertian modern dapat diterima dalam kerangka pemikiran hukum Islam, melalui norma-norma hukum Islam itu diperlakukan dengan dukungan otoritas kekuasaan umum, yaitu melalui pelembagaannya menjadi *"qanun"* atau pereturan perundang-undangan negara. Karena itu dapat dikatakan bahwa eksistensi hukum Islam dalam kerangka sistem

hukum nasional Indonesia sangat kuat kedudukannya, baik secara filosofis, sosiologis, politis, maupun juridis.[205]

[205] Jimly Asshiddiqie, " Hukum Islam di antara Agenda reformasi Hukum Nasional ", *op.cit.*, hal. 14.

BAB III

PERADILAN AGAMA DI INDONESIA

Peradilan Agama di samping sebagai 'institusi hukum' (aspek yuridis) yang menegakkan kepastian hukum, juga sebagai 'institusi sosial', yaitu menegakkan keadilan (aspek filisofis) dan mengakomodir dinamika perkembangan sosial atau masyarakat dari aspek hukum yang berakibat putusan hakim Peradilan Agama mempunyai nilai manfaat (aspek sosiologis).

Dari sini penemuan dan pengembangan hukum (Islam) mutlak diperlukan, apalagi adanya perkembangan kehidupan (termasuk perkembangan hukum keluarga muslim Indonesia). Hukum (Islam) secara empirik bukan merupakan hal yang statis, tetapi dinamis selalu mengikuti perubahan masyarakat. Oleh sebab itu hakim (agama) sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, memahami dan mengikuti nilai-nilai hukum (Islam) yang hidup dan berkembang dalam masyarakat.

Untuk menindaklanjuti hal yang demikian itu, maka perlu diteliti dalam disertasi ini tentang keberadaan 'Peradilan agama' yang berkaitan khususnya dengan peran ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum (dalam hai ini hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam untuk mengantisipasi perkembangan kehidupan keluarga muslim di Indonesia) sebagai manifestasi Peradilan Agama sebagai 'institusi sosial'. Hal ini diteliti oleh penulis dalam bab V dan disimpulkan dalam bab VI. Di bawah ini di jelaskan tentang

kajian pustaka yang berkaitan dengan keberadaan Peradilan Agama dengan variabel-variabel sebagai berikut.

3. 1 Sejarah Peradilan Agama di Indonesia

Peradilan adalah proses pemberian keadilan di suatu lembaga yang disebut pengadilan. Pengadilan adalah lembaga atau badan yang bertugas menerima, memeriksa, mengadili dan menyelesaikan setiap perkara yang diajukan kepadanya. Dalam mengadili dan menyelesaikan perkara, itulah terletak proses pemberian keadilan itu, yang dilakukan oleh hakim baik tunggal maupun majelis. Oleh karena itu, hakim merupakan unsur yang sangat penting dalam menyelenggarakan peradilan.[206]

Kata peradilan apabila dihubungkan dengan agama akan menjadi peradilan agama yang berarti adalah proses pemberian keadilan di pengadilan agama. Pengadilan Agama adalah lembaga yang bertugas menerima, memeriksa dan mengadili, dan menyelesaikan perkara-perkara yang menjadi wewenangnya.[207]

Ilmu fikih memberikan tiga alternatif cara membentuk lembaga peradilan, yaitu:[208] (1) Bentuk *tahkim*, berlaku zaman permulaan Islam yakni saat terbentuknya masyarakat Islam sehingga orang –orang yang bersengketa atas kesepakatan bersama mendatangi ahli agama untuk meminta jasanya dalam menyelesaikan sengketa di antara mereka, (2) Bentuk *tauliyah* dari *ahl halli wal aqdi*, berlaku ketika agama Islam berkembang di nusantara ini yang ditandai

---

[206] Mohammad Daud Ali, hukum Islam, *op. cit.*, hal. 251.

[207] Mohammad Daud Ali dan Habibah daud, Lembaga-lembaga Islam di Indonesia, *op. cit.*, hal. 113.

[208] Zaini Ahmad Noeh, "Lima Tahun Undang-undang Peradilan Agama (Sebuah Kilas Balik)," dalam *Mimbar Hukum No. 17 Thn. 1994*, hal. 14.

dengan munculnya komunitas-komunitan di berbagai wilayah. Di antara mereka ada elit yang tampil atau ditampilkan sebagai pemegang wibawa dan kekuasaan baik bersifat rohaniah maupun politis dalam pengetian sederhana. Kelompok elit inlah yang pada masa itu berwenang menunjuk figur-figur tertentu untuk menyelenggarakan urusan Pengadilan Agama, dan (3) bentuk *tauliyah* dari *imam* sebagai kepala Negara, berlaku ketika kerajaan-kerajaan Islam berdiri di nusantara ini, lebih jelas lagi dengan keberadaan instansi yang mengurus kepentingan bersama kaum muslimin. Karena itu, secara administratif, baik keberadaan Peradilan Agama maupun produk-produk hukumnya menjadi lebih valid dan mempunyai legitimatif (pembenar). Sejak itu lembaga Peradilan Agama telah mengambil bentuk formal dan kongkret.[209]

Untuk itu, dapat dikatakan bahwa penyelesaian sengketa suatu perkara antara orang-orang Islam dengan mempergunakan hukum Islam sebagai dasar memutusnya di bumi nusantara ini dimulai dengan *tahkim* sebagai lembaga Peradilan Agama dalam bentuknya yang sederhana. *Tahkim* inilah yang menjadi *embrio* lahirnya Peradilan Agama, sebagai sarana menemukan kebutuhan dasar penduduk yang memeluk agama Islam dalam beribadah (terutama) dalam melaksanakan hukum perkawinan dan hukum kewarisan yang merupakan rangkaian kesatuan dengan komponen ajaran agama Islam lainnya.[210]

Setelah terbentuk kelompok masyarakat yang mandiri, pengangkatan hakim masuk dalam periode *ahl al halli wal aqdi*, seperti hakim diangkat oleh rapat marga menurut adat kebiasaan setempat. Kemudian, dalam proses

---

[209] Zainuddin Ali, " *Pelaksanaan Hukum Kewarisan Islam di Kabupaten Donggala,*" (Disertasi Doktor Universitas Indonesia, Jakarta, 1995), hal. 5.

[210] *Ibid.*, hal. 5.

perkembangannya pada periode *tauliyah* setelah terbentuknya kerajaan-kerajaan Islam di nusantara ini, secara langsung para hakim diangkat oleh para *sultan* di daerahnya masing-masing. Itulah yang dijumpai di semua swapraja (Islam) dalam bentuk peradilan swapraja (*zelfbentuurs rechpraak*), sampai adanya undang-undang Peradilan Agama sekarang. [211]

Dalam proses Islamisasi kepulauan nusantara yang dilakukan oleh para saudagar melalui perdagangan dan perkawinan. Di sini hukum Islam mempunyai peran yang sangat besar. Misalnya, ketika seorang saudagar hendak menikah dengan seorang pribumi, wanita itu diislamkan lebih dahulu dan pernikahannya kemudian dilangsungkan menurut ketentuan hukum Islam. Keluarga yang tumbuh dari perkawinan ini mengatur hubungan antar anggota-anggotanya dengan kaidah-kaidah hukum Islam atau kaidah-kaidah lama yang disesuaikan dengan nilai-nilai Islam.[212]

Begitu besar pengaruh Islam di kalangan masyarakat yang beragama Islam sehingga dapat dikatakan, hukum Islam tidak saja menggusur norma-norma sosial yang telah berlaku sebelumnya, bahkan kelihatannya cenderung menghapus norma-norma sosial tersebut. Fenomena ini terlihat sejak masuknya Islam hingga datangnya bangsa-bangsa Barat, terutama Belanda ke Indonesia. Oleh karena itu, tidak berlebihan kalau dikatakan bahwa pada masa pra kolonial Belanda, hukum Islam merupakan satu-satunya ssstem hukum yang dijalankan

---

[211] Zaini Ahmad Noeh, "Kepustakaan Jawa sebagai Sumber Sejarah Perkembangan Hukum Islam," di dalam Amrulah Ahmad (ed), *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional*, Cet. 1, (Jakarta: Gema Insani Press, 1996), hal. 72.

[212] Zainuddin Ali, *op. cit.*, hal. 11.

dan menjadi kesadaran hukum yang berkembang dalam sebagian besar masyarakat Indonesia.

Kesadaran hukum masyarakat Islam Indonesia terhadap hukum Islam sangatlah tinggi sehingga pada tingkat awal apabila terjadi perselisihan atau sengketa hukum khususnya hukum keluarga Islam mereka mengangkat hakam untuk menjalankan tahkim di antara mereka, dan ini merupakan *embrio* lahirnya Peradilan Agama. Dan, dalam proses perjalanannya bahwa badan Peradilan Agama telah mampu menunjukkan bahwa hukum Islam adalah salah satu bagian dari hukum yang berlaku di Indonesia.

Peradilan Agama yang telah diyakini telah berproses di Indonesia sejak Islam memasuki bumi nusantara ini diangkat sebagai lembaga peradilan negara oleh pemerintah kolonial Belanda melalui Stbt. 1882 No. 152, pada masa perkembangannya pendapat di kalangan orang Belanda sendiri bahwa hukum yang berlaku bagi orang-orang Indonesia asli adalah undang-undang agama mereka, yakni hukum Islam. Mereka mengikuti teori yang dikenal dengan *Theori Receptie in Complexu*, yang sejak tahun 1855 telah didukung oleh peraturan perundang-undangan Hindia Belanda melalui Pasal 75, 78 dan 109 RR (*Regeering Reglement*) dalam Stbl. 1885 No. 2.[213]

Walaupun pada mulanya pemerintah Hindia Belanda berkehendak membiarka pribumi hidup dalam hukumnya sendiri pada hukum Islam, lama kelamaan mereka menyadari bahwa umat Islam yang kuat akan merupakan ancaman baginya. Oleh karena itu, pemerintah Hindia Belanda berupaya

[213] Direktorat badan Pembinaan Peradilan Agama, " Perkembangan Hukum Islam dan Peradilan Agama di Indonesia," dalam buku *Kenang-kenangan Seabad Peradilan gama di Indonesia,* Cet. 1, (Jakarta: CV. De Cahya, 1985), hal. 3.

memisahkan umat Islam dari ajaran Islam antara lain bidang hukum, dengan memanfaatkan jasa para pakar hukum Adat seperti Cornllis van Vallen Hoven (1857 – 1933) sebagai orang yang pertama kali memperkenalkan hukum Adat Indonesia dan Christian Snouck Hurgronye (1857 – 1936) sebagai orang yang pertama kali memperkenalkan istilah hukum Adat itu sendiri, setelah berusaha mengubah pandangan dan mengubah orang-orang Belanda dengan menentang *Theori Receptie in Complexu* dan melancarkan teori tandingan yang terkenal dengan *"Theori Receptie"* yang menyatakan bahwa yang berlaku bagi orang Indonesia asli adalah hukum Adat asli mereka dan hukum Islam baru berlaku apabila menjadi bagian dari hukum Adat dan keluar tidak sebagai hukum Islam, tetapi sebagai hukum Adat. Mereka berusaha merubah peraturan perundang-undangan Hindia Belanda yang akhirnya berhasil melalui Stbt. 1929 No. 221. hukum Islam kalau telah *diresepsi* oleh hukum Adat. Ketentuan ini masuk dalam Pasal 134 ayat (2) IS (Undang-undang Dasar Hindia Belanda) sebagai pengganti R R (*Regeering Reglement*).[214]

Walaupun perubahan tersebut terjadi hanya 16 tahun sebelum Indonesia merdeka, pengaruh *Theori Receptie* tersebut sangat kuat karena Belanda sejak awal abat 20 telah berusaha "mencekoki" ahli-ahli hukum Indonesia seolah-olah teori tersebut telah ada sejak 1855. Oleh karena itu, walaupun Undang-undang Dasar 1945 telah menghapus IS, paham tersebut masih terus berkembang sehingga dalam pelaksanaan Undang-undang No. 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan yang tegas-tegas membuang paham tersebut dan sepenuhnya

[214] *Ibid.*, hal. 4.

berdasarkan jiwa dan semangat Pancasila dan Undang-undang Dasar 1945, terasa masih adanya hambatan seolah-olah *theori receptie* tersebut masih berlaku.[215]

Dalam rangka pelaksanaan hukum Barat di Hindia Belanda waktu itu, terbentuklah komisi penyesuaian undang-undang belanda dengan keadaan istemewa di Hindia Belanda yang diketuai oleh Mr. Schalten van Oud Haerlem membuat nota kepada pemerintah hindia Belanda yang isinya bahwa untuk mencegah timbulnya keadaan yang tidak menyenangkan, mungkin juga perlawanan, jika keadaan pelanggaran terhadap agama orang bumi putra, harus diikhtiarkan sedapat-dapatnya agar mereka itu dapat tinggal tetap dalam lingkungan hukum agama serta adat-istiadat mereka. Dan, ini sejalan dengan pendapat Lodewyk Willen Christian van den Berg yang menyatakan bahwa hukum mengikuti agama yang dianut seseorang. Kalau orang itu beragama Islam, hukum Islamlah yang berlaku baginya. Dengan kata lain, "orang Islam Indonesia telah melakukan *resepsi* hukum Islam dalam keseluruhannya dan sebagai kesatuan".

Pendapat Paul Schalten dan van den Berg tersebut di atas yang berdasarkan pada kenyataan-kenyataan yang ada tumbuh dan berkembang dalam masyarakat bumi putra yang beragama Islam dan akhirnya mendorong lahirnya Stbl. 1882 No. 152 yang mengatur pembentukan Peradilan Agama di Jawa dan Madura.

Peradilan Agama itu sebagaimana keadaannya dari tahun ke tahun dibentuk dalam suasana berbeda. Pengadilan Agama di Jawa dan Madura dan

---

[215] *Ibid.*, hal. 4.

sebagian bekas karesidenan Kalimantan Selatan dan Timur, lahir dan tumbuh dalam suasana kolonial. Sementara itu, Pengadilan Agama di luar daerah itu lahir dan tumbuh dalam suasana kemerdekaan.

Perbedaan suasana yang mempengaruhi politik hukum yang dilaksanakan oleh pemerintah yang menetapkan wewenang dan kekuasaan mengadili dan menyelesaikan sengketa Pengadilan Agama itu dapat dilihat dalam peraturan perundang-undangan yang perkenaan dengan pendirian lembaga Pengadilan Agama itu. Pengadilan Agama didirikan di Jawa dan Madura pada tahun 1882. Di Kalimantan Selatan (sebagian di Kalimantan Timur), lembaga ini didirikan pada tahun 1937 dengan nama *Kerapatan Qadi*. Di luar Jawa, Madura dan Kalimantan resminya didirikan pada tahun 1957 dengan nama *Mahkamah Syari'ah*.[216]

Perbedaan penyebutan nama telah diseragamkan oleh Undang-undang No. 14 Tahun 1970 Tentang Ketentuan-ketentuan pokok Kekuasaan Kehakiman dan secara lebih tegas dicantumkan dalam Keputusan Menteri Agama tanggal 28 Januari 1980, Nomor 6 tahun 1980 nama-nama pengadilan di lingkungan Pengadilan Agama yang ada di Indonesia telah diseragamkan menjadi Pengadilan Agama. Dengan begitu, kini sebutan semua pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama di seluruh Indonesia telah menjadi seragam dan letakpun sama. Di setiap Ibukota Kabupaten tempat adanya Pengadilan Negeri terdapat Pengadilan Agama. Di setiap Ibukota Provinsi, terdapat pula Pengadilan Tinggi Agama, di samping Pengadilan Tinggi yang menyelenggarakan peradilan umum.

---

[216] Mohammad Daud Ali dan Habibah Daud, *op. cit.*, hal. 113.

Perbedaan kewenangan Peradilan Agama yang berlaku di Jwa dan Madura dari Peradilan Agama di luar wilayah itu adalah terletak tugas pokok di bidang hukum perkawinan, sedangkan Peradilan Agama di luar wilayah itu mempunyai tugas pokok di bidang hukum perkawinan dan kewarisan. Perbedaan kewenangan Peradilan Agama itu menurut Hazairin tidak mempunyai dasar hukum kerena tidak ada perbedaan esensial dalam jiwa keislaman antara jawa dan luar jawa.[217]

Menurut Daniel S. Lev yang telah dikutip oleh Habibah Daud Ali dalam penelitiannya tentang peranan Peradilan Agama dalam menyelesaikan masalah kewarisan dinyatakan walaupun Pengadilan Agama di Jawa dan Madura seecara resmi telah hilang kekuasaannya atas perkara kewarisan sejak tahun 1937, tetapi tetap menyelesaikan perkara-perkara kewarisan dengan cara yang sangat mengesankan, bahkan Pengadilan Agama menerima perkara kewarisan lebih banyak daripada Pengadilan Negeri.[218]

Lebih lanjut, Lev menyatakan ada dua kategori kewarisan yang dihadapkan kepada Pengadilan Agama, [219] yaitu kategori pertama, adalah perkara yang sebetulnya tidak ada persengketaan yang terjadi di dalamnya. Jika seorang meninggal dunia, keluarga yang ditinggalkannya pergi ke Pengadilan Agama mohon bantuan penyelesaian masalah kewarisannya. Pengadilan Agama lalu memberikan fatwa kepada para Pemohon dengan menentukan siapa-siapa yang

---

[217] Hazairin, *Tujuh Serangkai tentang Hukum*, Cet. Ketiga, (Jakarta: Bina Aksara, 1981), hal. 62.

[218] Habibah Daud Ali, " Peranan Peradilan Agama dalam Menyelesaikan Perkara Kewarisan," dalam buku *Kenang-kenangan Seabad Peradilan Agama di Indonesia,* Cet. Pertama, (Jakarta: CV. Ade Cahya, 1985, hal. 152.

[219] *Ibid.*, hal. 152 – 153.

menjadi ahli waris dan berapa bagain-masing-masing. Kategori kedua, adalah perkara yang benar-benar bersifat persengketaan. Dalam hal ini, Pengadilan Agama di Jawa dan Madura dimana hakim ddan paniteranya berpandangan formal birokratis, biasanya meneruskan perkaranya itu ke Pengadilan Negeri. Akan tetapi, sering terjadi para hakim Agama menyelesaikan senndiri perkara itu. Hasil penyelesaiannya yang terbaca tetap berupa fatwa, tetapi dalam penyelesaiannya ini ada pihak yang kalah adan ada pihak yang menang.

Peranan Peradilan Agama dalam menyelesaikan perkara kewarisan tersebut di atas dilakukan untuk memenuhi kebutuhan hukum umat Islam disamping para hakimnya sendiri yakni bahwa mengadili perkara kewarisan, seyogyanya ada di Pengadilan Agama seperti sebelum 1 April 1937 dahulu. Oleh karena itu, mereka selesaikan perkara-perkara kewarisan dalam *"selubung"* fatwa waris. Mereka melakukan itu bukan sekedar ambisi birokrasi, tetapi karena dorongan keyakinan bahwa itulah peranan yang benar yang harus dilakukan dalam melaksanakan kewajiban agama.[220]

Pada tahun 1957 Pemerintah Republik Indonesia mengatur pembentukan Peradilan Agam di luar Jawa dan Kalimantan Selatan melalui Peraturan Pemerintah No. 45 Tahun 1957 yang berwenang mengenai masalah perkawinan dan kewarisan. Lain halnya Pengadilan Agama di Jawa dan Madura yang diperkecil dan dibatasi melalui Pasal 2 (a) *Ordonansi* Peradilan di Jawa dan Madura Stbl. 1937 No. 16, yaitu hanya mengenai perkawinan saja. Adapun perkara waris yang selama-berabad – abad menjadi wewenang Peradilan Agama

---

[220] *Ibid.*, hal. 153 – 154.

dicabut oleh Pemerintah Hindia Belanda dan diserahkan oleh Pengadilan umum. Demikian pula, di Kalimantan Selatan didirikan *Kerapatan Qadi Besar* dengan Stbl. 1937 No. 638 ddan 639 yang wewenangnya seperti Peradilan Agama di Jawa dan Madura. Perkara waris di kedua daerah itu diserahkan ke Pengadilan Umum.[221]

Dalam rangka memperkecil dan mebatasi wewenang Pengadilan Agama pada waktu itu apabila putusan Pengadilan Agama itu dilaksanakan oleh para pihak dengan sukarela, putusan tersebut dapat dilaksanakan sebagaimana putusan pengadilan biasa. Akan tetapi, kalau putusan Pengadilan Agama itu tidak dijalankan secara sukarela oleh para pihak, satu satunya jalan bagi Pengadilan Agama agar putusan itu dapat dijalankan harus dimintakan putusan Pengadilan Negeri. Artinya, kalau putusan Pengadilan Agama itu tidak dijalankan oleh para pihak dengan sukarela, diperlukan bantuan Pengadilan Negeri dengan meminta persetujuan untuk dilaksanakan yang disebut *"fiat executie"* atau *"executoire verklaring"* dari Ketua Pegadilan Negeri. Yang menjadi masalah dalah *fiat executie*, karena dengan lembaga tersebut Pengadilan Agama pada hakikatnya diletakkan di bawah perwalian Pengadilan Negeri.[222]

Masalah *fiat executie* atau *executoire verklaring* ini merupakan ganjalan hubungan Peradilan Agama dengan Pengadilan Negeri pada waktu itu walaupun telah diundangkan Undang-undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan yang menyantumkan pula pengukuhan oleh Pengadilan Negeri terhadap putusan

---

[221] Menteri Agama, "Jawaban Pemerintah terhadap Pandangan Umum Fraksi-fraksi di Dewan Perwakilan Rakyat atas ancangan Undang-undang tentang Peradilan Agama," dalam Buku *Undang-undang Perdilan Agama Beserta Gambaran Ringkas Kronologis Pembahasan di DPR*, Cet. Pertama, (Jakarta: PB. Dharma Bhakti, 1989), hal. 25..

[222] K.N. Sofyan Hasan dan Warkum Sumito, *op. cit.*, hal. 78.

Pengadilan Agama. Dalam Undang-undang No. 1 Tahun 1974 disebutkan bahwa sifat dari pengukuhan itu adalah administrasi belaka dan waktu untuk meminta pengukuhan itu disebutkan dalam peraturan perundang-unddangan seperti yang dnyatakan dalam Pasal 36 PP No. 9 Tahun 1975. Namun oleh hakim Pengadilan Negeri dianggap sama dengan kedudukan *fiat executie* yang diberikan oleh *Landraad* di zaman Hindia Belanda dulu.

Masalah *fiat executie* atau pengukuhan ini dibeberapa daerah di tanah air ini menimbulkan ketidak harmonisan antara Pengadilan Agama dengan Pengadilan Negeri yang sesungguhnya dipengaruhi oleh sikap para hakim di kedua pengadilan tersebut dan terutama hakim Pengadilan Negeri.[223] Kalau hubungan hakim Pengadilan Agama dengan Pengadilan Negeri itu baik, soal masalah pengukuhan tersebut tidaklah merupakan masalah besar dan tidak merupakan hambatan dalam *ekxecutie*. Namun, apabila hubungan tersebut tidak baik ,embaga pengukuhan itu merupakan hambatan atau penghalang dari pelaksanaan keputusan dari Pengadilan Agama tersebut.

Kesalahan pada PP No. 45 tahun 1957 yang membedakan wewenang Pengadilan Agama di Jawa dan Madura dari pengadilan di luar kedua wilayah itu dapat diperbaiki setelah ditetapkannya Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama melalui Pasal 49 ayat (1) dinyatakan, " Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan perrkara-perkara di tingkat pertama antara orang-orang beragama Islam di bidang (a) perkawinan, (b) kewarisan, wasiat dan hibah, yang dilakukan berdasarkan

---

[223] *Ibid.*, hal. 79

hokum Islam, (c) wakaf, dan d) shadaqah" (Undang-undang No. 7 tahun 1989 Tentang Peradilan Agama telah diubah menjadi Undang-undang No. 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan atas Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama).

Kemajuan yang diperoleh pada waktu itu dalam Udang-undang No. 7 tahun 1989 tersebut dengan jelas adanya juru sita. Lain halnya sebelum ditetapkan Undang-undang No. 7 Tahun 1989 pada waktu itu, Pengadilan Agama itu di dalam susunannya tidak terdapat juru sita sehingga tidak mampu menjalankan keputusannya. Namun, upaya untuk menjadikan Pengadilan Agama itu, tetap berlanjut dinyatakan dalam asal 63 ayat (2) Undang-undang Perkawinan (UU. No. 1 Tahun 1974) bahwa seetiap Keputusan Pengadilan Agama dikukuhkan oleh Pengadilan Umum (Pengadilan Negeri). Setelah disahkannya Undang-undang No. 7 Tahun 1989 pada waktu itu, disebutkan keberadaan juru sita dan Pasal 103 ayat (1) Undang –undang Peradilan Agama tersebut di atas dinyatakan dengan jelas tugas juru sita yaitu (a) melaksanakan semua perintah yang diberikan ketua sidang, (b) menyampaikan pengumuman-pemgumuman, teguran-teguran dan pemberitahuan penetapan atau putusan pengadilan menurut cara-cara berdasarkan ketentuan undang-undang, (c) melakukan penyitaan atas perintah Ketua Pengadilan, (d) membuat berita acara penyitaan, yang salinan resminya diserahkan kepada pihak-pihak yang berkepentingan.

Kehadiran Undang-undang Peradilan Agama (pada waktu itu) semakin membuktikan relevansi hukum Islam dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Dan ini dapat dilihat dalam politik hukum yang memperlakukan hukum Islam

bagi pemeluk-pemeluknya, terbukti dinyatakan dalam Pasal 2 Undang-undang No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan, bahwa: "Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu". Lebih lanjut, dalam Pasal 63 ayat (1) undang-undang tersebut di atas dinyatakan bahwa: " yang dimaksud dengan pengadilan dalam undang-undang ini ialah Pengadilan Agama bagi mereka yang beragama Islam". Pasal ini merupakan dasar hukum pembentukan Peradilan Agama yang telah terlegalitas dalam Pasal 10 Undang-undang Pokok Kekuasaan Kehakiman (UU. No. 14 tahun 1970, yang telah diperbaharui dalam Undang-undang No. 4 Tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman), menegaskan: "kedudukan Pengadilan Agama sama dan serajat dengan pengadilan dalam lingkungan peradilan lainnya".

Pengesahan Undang-undang No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama (pada waktu itu) dapat mengakhiri keanekaragaman Peradilan Agama sebagai akibat politik hukum pemerintah kolonial. Di samping itu, pengesahan Undang-undang Peradilan Agama tersebut merupakan peristiwa penting, bukan hanya bagi pembangunan perangkat hukum nasional, melainkan juga bagi umat Islam Indonesia. Sebab, dengan disahkannya undang-undang itu makin mantap kedudukan Peradilan Agama sebagai salah satu badan Pelaksana kekuasaan kehakiman yang mandiri di tanah air kita dalam penegakan hukum Islam bagi pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara-perkara (perdata) di bidang perkawinan, kewarisan, hibah wakaf, dan shadaqah (pada waktu itu) yang

telah menjadi hukum positif, yaitu hukum yang berlaku di tanah air kita dengan sanksi (padahan) yang diberikan oleh negara.[224]

Dengan disahkannya Undang-undang Peradilan Agama ini, perubahan penting dan mendasar telah terjadi dalam lingkungan Peradilan Agama, di antaranya dapat disebutkan hal-hal sebagai berikut: (1) Peradilan Agama telah menjadi peradilan yang mandiri, kedudukannya benar-benar telah sejajar dan sederajat dengan Peradilan Umum, Peradilan Militer dan Peradilan Tata Usaha Negara, (2) nama, susunan, wewenang (kekuasaan) dan hukum acaranya telah sama dan seragam di seluruh Indonesia, terciptanya unifikasi hukum acara Peradilan Agama itu akan memuahkan ketertiban dan kepastian hukum yang berintikan keadilan dalam lingkungan Peradilan Agama, (3) perlindungan terhadap wanita lebih ditingkatkan, dengan jalan antara lain, memberikan hak yang sama kepada istri dalam berproses dan membela kepentingannya di muka Pengadilan Agama, (4) lebih memantapkan upaya penggalian berbagai asas dan kaidah hukum Islam sebagai salah satu bahan baku dalam penyusunan dan pembinaan hukum nasional melalui yurisprudensi.[225]

Dengan demikian prospek Pengadilan Agama makin baik terutama setelah disahkannya Kompilasi Hukum Islam (Inpres RI No. 1 Tahun 1991) yang ditindaklanjuti dengan keluarnya Keputusan Menteri Agama No. 154 Tahun 1991 Tentang Pelaksanaan Intruksi Presiden Republik Indonesia No. 1 Tahun 1991 tanggal 10 Juni 1991 yang dapat membantu tercapainya kesatuan dan kepastian hukum di kalangan masyarakat, khususnya yang menyangkut hukum perkawinan,

---

[224] Muhammad Daud Ali dan Habibah Daud, *op. cit.*, hal. 120.

[225] Mohammad Daud Ali, "Hukum Islam, UUPA dan Masalahnya," dalam *Mimbar Hukum No. 1 1990*, hal. 26 – 27.

kewarisan, dan perwakafan. Pada tahun 2006 lahirlah Undang-undang No. 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan atas Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, yang menambah wewenang dalam bidang sengketa ekonomi syari'ah. Dengan demikian, pemeluk agama Islam yang menjadi bagian terbesar penduduk pemeluk agama Islam yang menjadi bagian terbesar penduduk Indonesia diberi kesempatan untuk mentaati hukum Islam yang menjadi bagian mutlak ajaran agamanya.[226] Serta merupakan refleksi keimaan searang muslim dalam mentaati hukum Islam, karena ia merupakan manifestasi paling kongkrit dari Islam sebagai sebuah agama.

3. 2 Peradilan Agama dalam Tata Hukum Indonesia Serta dalam Pembinaan Hukum Nasional

Negara Indoneia adalah negara kesatuan yang berbentuk republik (Pasal 1 ayat (1) UUD 1945). Kedaulatan berada ditangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-undang Dasar (Pasal 1 ayat 2) UD 1945. Negara Indonesia adalah negara hukum (Pasal 1 ayat (3) UUD 1945). Pancasila adalah dasar idiil negara dan UUD 1945 adalah dasar struktural negara. Sila pertama Pancasila berbunyi "Ketuhanan Yang Maha Esa". Bab XI UUD 1945 yang berjudul "Agama" memuat dua ayat yang menyatakan: (1) Negara berdasarkan atas Ketuhanan Yang Maha Esa, (2) Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu. Ketentuan UUD 1945 tersebut di atas

[226] Mohammad Daud Ali dan Habibah Daud, *op. cit.*, hal 120.

secara konstitusional agama dihargai dan dihormati dengan menetapkan negara berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, sedangkan Ketuhanan adalah sendi pokok dari agama. Dalam pada itu secara konstitusional, beragana dan beriman dijamin oleh negara.[227]

Kedudukan agama dalam negara republik Indonesia sangat kuat sebagai manifestasi negara hukum yang menjamin keberadaan agama secara konstitusional. Dengan berpangkal pada Tahir Azhary mengemukakan teori "lingkaran konsentris", yang menunjukkan betapa eratnya hubungan antara agama, hukum dan negara. Negara mencakup dua komponen yang terdahulu, yaitu agama dan hukum. Karena agama merupakan inti dari lingkaran konsentris itu, pengaruh dan peran agama sangat besar sekali terhadap hukum dan negara karena komponen-komponen itu berada dalam suatu kesatuan yang tidak mungkin dipisahkan.[228]

Sebagai negara hukum yang berdasarkan Pancasila dan Undang-undang Dasar 1945 negara republik Indonesia bertujuan untuk mewujudkan tata kehidupan yang sejahtera, aman, tentram dan tertib. Untuk mewujudkan tata kehidupan tersebut dan menjamin kesamaan warga negara dalam hukum diperlukan upaya untuk menegakkan keadilan, kebenaran dan ketertiban dan kepastian hukum yang mampu memberikan pengayoman masyarakat, salah satu upaya untuk menegakakan keadilan, kebenaran dan keadilan dan kepastian hukum tersebut adalah melalui Peradilan Agama sebagaimana yang dimaksud dalam Undang-undang No. 14 Tahun 1970 Tentang Ketentuan-ketentuan Pokok

---

[227] Ahmad Sukardja, "Keberadaan Hukum Agama dalam Tata Hukum Indonesia," dalam *Mimbar Hukum No. 23 Thn. VI 1995*, hal. 9.

[228] Muhammad Tahir Azhary, Negara hukum, *op. cit.*, hal. 43.

Kekuasaan Kehakiman, yang sekarang telah diperbaharui dengan Undang-undang No. 4 Tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman.

Peradilan Agama sebagai lembaga penegak hukum dan keadilan sebagaimana serta sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman telah tumbuh dan berkembang Indonesia atas kehendak bangsa Indonesia sendiri sejak berabad-abad yang lalu, jauh sebelum pemerintah kolonial menginjakkan kakinya di bumi nusantara ini. Peradilan Agama telah berdiri karena kebutuhan hukum masyarakat dan bangsa Indonesia yang beragama Islam.[229]

Hanya Peradilan Agama (Islam) lah yang memperoleh peluang konstitusional di negara hukum republik Indonesia dan hanya agama Islamlah yang dapat memiliki Peradilan Agama karena terpenuhinya syarat untuk beroperasinya suatu peradilan. Ada tiga syarat yang memungkinkan adanya lembaga peradilan,[230] yaitu (1) adanya legalitas (pereturan hukum) yang membenarkan, (2) adanya perangkat kelembagaan (hakim-hakim dan fasilitas pisiknya) dan (3) adanya hukum materiil yang dapat dijadikan pedoman dalam kompetensi absoludnya. Peradilan Agama Islam telah memenuhi ketiga syarat tersebut, tetapi agama selain Islam belum memilikinya, bolehlah untuk syarat pertama dan kedua untuk dimiliki.Tetapi, untuk memiliki syarat ketiga (hukum materiilnya) rasanya amat sulit sebab hukum materiil yang bernaung di bawah

---

[229] Keterangan Pemerintah atas rancangan U ndang-undang tentang Peradilan Agama pada Rapat Paripurna Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, tanggal 28 Januari 1989 di Jakarta.

[230] Moh. Mahfud MD., "Peluang Konstitusional bagi Peradilan Agama," dalam Moh. Mahfud dkk., *Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam dalam Tata hukum Indonesia*, Cet. 1 (Yogyakarta: UII Press, 1993), hal. 21 – 22.

bendera agama tidak dapat dikarang-karang begitu saja, ia harus berasal dari sumber ajaran yang primer.

Salah satu syarat yang memungkinkan adanya lembaga Peradilan Agama adalah legalitas (peraturan hukum yang membenarkan) sebagai manifestasi hakikat negara hukum untuk merealisir cita-citanya. Adapun hakikat negara hukum adalah ditegakkannya hak-hak asasi rakyat serta adanya jaminan hukum bagi setiap warga negara terhadap setiap kemungkinan dan setiap bentuk kesewenang-wenangan baik yang datang dari pihak penguasa maupun dari sesama warga negara.[231] Dalam kaitannya dengan adanya lembaga Peradilan Agama dalam negara hukum Indonesia, hak-hak asasi rakyat yang hendak ditegakkan dan kesewenang-wenangan yang hendak dicegah adalah yang bersangkut paut dengan soal-soal perkawinan, kewarisan, perwakafan dan ekonomi syari'ah sebagaimana yang menjadi kompetensi dari Peradilan Agama tersebut.

Peradilan Agama sebagai penegak hukum bagi bangsa Indonesia yang bergama Islam dalam bidang mu'amalah tertentu sebagaimana yang menjadi wewenangnya merupakan jawaban pelaksanaan agama dalam kehidupan kemasyarakatan yang memerlukan proses perundang-undangan dan penegakannya melalui lembaga peradilan. Memang dalam sistem hukum nasional Indonesia di dalam sub sistemnya memuat hukum yang mengandung dan memasukkan hukum agama sebagai unsur utamanya sehingga hukum agama merupakan sumber ajaran, bagian integral, dan unsur mutlak hukum nasional.

---

[231] Dahlan Ranuwihardjo, " Peranan Badan Peradilan Agama dalam mewujudkan Cita-cita Negara Hukum," dalam Buku Kenang-kenangan Seabad Peradilan Agama di Indonesia, *op. cit.*, hal. 206.

Dalam masyarakat Indonesia ada keinginan kuat untuk berhukum dengan hukum Islam. Cta-cita batin, suasana kejiwaan dan watak rakyat Indonesia banyak dibentuk oleh ajaran agama. Dari pengalaman pembentukan berbagai peraturan perundang-undangan nasional, didapat gambaran bahwa ajaran agama dan ketentuan-ketentuan hukum agama dapat dimanfaatkan untuk memperkaya khazanah hukum nasional Indonesia. Dengan demikian, terbukti pula bahwa hukum Islam ada dalam hukum nasional.[232]

Hukum Islam sebagai tatanan hukum yang ditaati oleh mayoritas rakyat Indonesia adalah hukum yang tetap hidup dalam masyarakat yang merupakan ajaran dan keyakinan Islam. Ia ada dalam kehidupan hukum dan merupakan bahan dalam pembinaan hukum nasional. Dari sumber ajarannya, realitas hukum masyarakat, sejarah pertumbuhannya, dan perkembangan hukum di Indonesia, dikenal adanya beberapa teori tentang berlakunya hukum Islam. Mengenai hubungan hukum Islam atau hukum nasional dan kecenderungan dalam kehidupan nasional, terlihat bahwa hukum Islam berada dalam hukum nasional Indonesia yang disebut *teori eksistensi*. Dalam peraturan perundang-undangan Indonesia terlihat kecenderungan makin kuatnya kedudukan hukum Islam dalam sistem hukum nasional. Pegawai dan pejabat negara diperintahkan memperhatikan norma keagamaan dan ketaqwaan kepada Tuhan Yang Maha Esa. Dan ini terbukti adanya penghormatan yang besar dan asasi dari negara kepada agama dan hukum

---

[232] Ichtijanto S. A., "Prospek Peradilan Agama sebagai Peradilan Negara dalam Sistem Politik Hukum di Indonesia," di dalam Amrullah Ahmad (ed), dalam buku *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional*, Cet. 1 (Jakarta: Gema Insani Prees, 1996), hal. 181.

agama dalam paraktik kehidupan bernegara dan berbagai perundang-undangan nasional.[233]

Bentuk-bentuk hubungan antara hukum agama (Islam) dan hukum nasional memiliki tiga pola,[234] Yaitu (1) hukum agama, khususnya untuk hukum beragama tertentu, (2) hukum agama masuk dalam hukum nasional secara umum yang memerlukan pelaksanaan secara khusus, dan (3) hukum agama masuk dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku umum bagi seluruh penduduk Indonesia. Keragaman yang bersumber pada nilai asasi manusia adalah model faktual bagi kehidupan bangsa dan negara Indonesia. Maka, dalam bidang hukum dengan agama-agama mempunyai ajaran dan ketentuan tersendiri, hal ini harus berwujud pluralitas hukum. Di dalam bidang-bidang yang terhadapnya tidak mungkin dicapai unifikasi, pembangunan hukum nasional sedapat mungkin mengupayakan terciptanya keharmonisan hukum.

Di Indonesia terdapat undang-undang yang merupakan pilar awal berlakunya hukum Islam dalam tata hukum Indonesia,[235] yaitu (1) Undang-undang No. 14 tahun 1970 Tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan kehakiman, yang diperbaharui dengan Undang-undang No. 4 Tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman, (2) Undang-undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, dan (3) Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, yang diperbaharui dalam Undang-undang No. 3 Tahun 2006 Tentanng Perubahan Atas Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama.

---

[233] *Ibid.*, hal. 183.

[234] *Ibid.*, hal 183 – 184.

[235] Zainal Abidin Abu Bakar, "Pengaruh Hukum Islam dalam Sistem Hukum di Indonesia," dalam *Mimbar Hukum No. 9 Thn. IV 1993*, hal. 58.

Undang-undang No. 14 tahun 1970 Tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, yang diperbaharui dalam Undang-undang No. 4 Tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kekakiman, dinyatakan: Pasal 1 ayat (1) Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan di bawahnya, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi. Pada ayat (2) dinyatakan: "Badan Peradilan yang berada di bawah Mahkamah agung meliputi badan peradilan dalam lingkungan Peradilan Umum, Peradilan Agama, Peradilan Militer, dan Peradilan Tata Usaha Negara". Pasal 14 ayat (1) dari undang-unddang tersebut dinyatakan, " Susunan, kekuasaan dan hukum acara Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 diatur dalam Undang-undang tersendiri. Atas dasar pasal tersebut dan dihubungkan dengan undang-undang sebelumnya yaitu Undang-undang No. 14 Tahun 1970 Tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, maka lahirlah Undang-undang No. 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama, yang diperbaharui dalam Undang-undang 0. 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan Atas Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama.

Undang-undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dipandang sebagai pilar berlakunya hukum Islam dalam tata hukum Indonesia karena materi yang ada dalam undang-undang tersebut hampir semuanya dipengaruhi oleh hukum Islam. Undang-undang No. 1 tahun 1974 merupakan satu ijtihad. Sebagaimana diketehui, ijtihad dalam hukum Islam merupakan urutan ketiga dari sumber-sumber hukum Islam yaitu setelah al-Qur'an dan Sunnah Rasul. Jadi hubungan antara perkawinan Islam dengan Undang-undang No. 1 Tahun 1974

dapat dilihat dari sudut ijtihad sebagai sumber hukum ketiga. Oleh karena itu, tidaklah berlebihan apabila ditarik kesimpulan bahwa antara hukum perkawinan Islam dan Undang-undang No. 1 Tahun 1974 itu terkandung prinsip-prinsip hukum perkawinan Islam dan bagaimana aplikasi (penerapan) prinsip-prinsip tersebut dapat dikualifisir sebagai suatu hasil ijtihad dari bangsa Indonesia yang dalam hal ini diwakili para ulama dan sarjana-sarjana Islam yang duduk sebaga anggota Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) ketika RUU (Rancangan Undang-undang) No. 1 Tahun 1974 dibicarakan dalam forum DPR pada waktu itu. [236]

Undang-undang No. 1 Tahun 1974 dipandang sebagai pilar berlakunya hukum Islam dalam tata hukum Indonesia karena dapat dibuktikan dalam Pasal 2 undang-undang tersebut di atas yang menetapkan " Perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya". Dan, Pasal 63 Undang-undan Perkawinan tersebut mengundangkan yang dimaksud dengan pengadilan dalam undang-undang ini adalan Pengadilan Agama bagi mereka beragama Islam dan Pengadilan Umum bagi lainnya.

Undang-undang No. 7 tahun 1989 Tentang Peradilan Agama pada waktu itu, dipandang sebagai pilar berlakunya hukum Islam dalam tata hukum Indonesia karena undang-undang ini telah menambah kekuatan dan kesempatan peradilan Agama sebagai pelaksana dan penggali hukum Islam. Pasal 2 Undang-undang No. 7 tahun 1989 Tentang Peradilan Agama dinyatakan, " Peradilan Agama merupakan salah satu pelaksana kekuasaan bagi pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara perdata tertentu yang diatur dalam undang-undang ini".

---

[236] M. Tahir Azhary, *Bunga Rampai Hukum Islam (Kumpulan Tulisan)*, Cet. 1, (Jakarta: Ind – Hill – co, 1992), Hal. 20.

Adapun mengenai perkara perdata tertentu yang diatur dalam undang-undang ini, yaitu terdapat dalam Bab III Tentang Kekuasaan Pengadilan, Pasal 59 ayat (1) dinyatakan, Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, dan memutus, dan menyelesaikan perkara-perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam dalam bidang: (a) perkawinan, (b) kewarisan, wasiat dan hibah, yang dilaksanakan berdasar hukum Islam, (c) wakaf dan shadaqah. Perubahan dalam Undang-undang No. 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan atas Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, dalam pasal yang sama ditambah wewenang dalam menyelesaikan sengketa "ekonomi syari'ah".

Adapun hukum materiil sebagai pelaksana dari Undang –undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama pada waktu itu dan sampai sekarang dengan adanya Undang-undang No. 3 tahun 2006 Tentang Perubahan atas Undang-undang No. 7 tahun 1989 Tentang Peradilan Agama adalah Instruksi Presiden Republik Indonesia No. 1 Tahun 1991 Tentang Kompilasi Hukum Islam yang memuat tiga buku, yaitu buku I Tentang Perkawinan, buku II Tentang Kewarisan dan buku III Tentang Perwakafan. Lahirnya Instruksi Presiden Republik Indonesia No. 1 Tahun 1991 Tentang Kompilasi Hukum Islam adalah sebagai pelaksana dari Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, atau dengan kata lain Kompilasi Hukum Islam disusun adalah karena dibutuhkan untuk pelaksanaan Undang-undang No. 7 tahun 1989. Presiden sebagai mandataris pada waktu itu dalam melaksanakan undang-undang , memandang perlu adanya Kompilasi Hukum Islam itu. Oleh karena itu, tidak salah apabila dikatakan bahwa kekuatan berlakunya Instruksi Presiden itu adalah

pada Undang-undang No. 7 tahun 1989 itu [237]sendiri dan wewenang presiden sebagai mandataris dalam pelaksanaan undang-undang.[238]

Undang-undang Peradilan Agama (UU. 7 Tahun 1989 dan diubah menjadi U. No. 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan Atas undang-undang No. 7 tahun 1989 Tentang Peradilan Agama) bersumber dari Undang-undang Dasar 1945, ini dapat diketahui dalam konsiderans menimbang a dari UUPA (Undang-undang Peradilan Agama) ditetapkan, "Negara republik Indonesia, sebagai negara hukum yang berdasarkan Pancasila dan Undang-undang Dasar 1945, bertujuan mewujudkan tata kehidupan bangsa yang sejahtera, aman dan dan tertib". Dan, penjelasan umum dari UUPA itu dinyatakan: "untuk mewujudkan hal-hal tersebut dibutuhkan adanya lembaga yang bertugas untuk menyelenggarakan kekuasaan kehakiman guna menegakkan hukum dan keadilan dengan baik". Perumusan dalam UUPA di atas menunjukkan bahwa negara republik Indonesia, sebagai negara hukum berdasarkan Pancasila dan Undang-undang Dasar 1945.[239] Di samping itu, dapat diketahui dalam konsiderans b dari UUPA itu ditetapkan, "bahwa untuk mewujudkan tata kehidupan tersebut dan menjamin persamaan kedudukan warga negara dalam hukum diperlukan upaya dalam menegakkan kkeadilan, kebenaran, ketertiban dan kepastianhukum yang mampu emberikan pengayoman kepada masyarakat". Persamaan di atas sesuai dengan Pasal 27 UUD 1945 yang dinyatakan, "segala warga negara bersamaan kedudukannya dalam hukum..".

---

[238] Zainal Abidin Abu Bakar, *op. cit.*, hal. 20.

[239] Ismail Suny, "UPA dan Tata Hukum asional," dalam *Mimbar Hukum No. 1 Thn. 1990,* hal. 16.

Dalam konsiderans mengingat 1 dari UUPA menyebut antara lain Pasal 24 dan Pasal 25 UUD 1945. Pasal 24 ayat (1) dinyatakan, " Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan lain-lain badan kehakiman menurut undang-undang". Adapun Pasal 25 menyatakan, " syarat-syarat untuk menjadi dan untuk diperhentikan sebagai hakim ditetapkan dengan undang-undang". Pasal 24 dan Pasal 25 telah diubah dalam amandemen UUD 1945, dalam Pasal 24 ayat (1) dinyatakan, " Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Ayat (2) dinyatakan, " Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara dan oleh sebuah Mahkamah Konsttusi. Ayat (3) dinyatakan "Badan-badan lain yang fungsunya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang.

Inilah dua pasal UUD 1945 yang menjadi dasar hukum bagi kekuasaan kehakiman di negara Indonesia. Pada puncak kekuasaan kehakiman itu terdapat Mahkamah Agung, tetapi di samping itu dapat pula diadakan "lain-lain badan kehakiman" atau pengadilan yang harus diatur dengan undang-undang.[240] Mengingat bahwa bangsa Indonesia yang terdiri dari berbagai suku dan berbicara dalam berbagai bahasa daerah, memeluk dan meyakini berbagai agama dan kepercayaan tehadap Tuhan Yang Maha Esa harus merupakan satu kesatuan bangsa yang bulat dalam arti yang seluas-luasnya. Mengingat bahwa hukum itu

[240] *Ibid.*, hal. 17.

merupakan juga pencerminan kebudayaan perlu juga memperhatikan budaya Indonesia yang pada hakikatnya adalah satu, sedangkan corak ragam budaya yang ada menggambarkan kekayaan budaya bangsa yang menjadi modal dan landasan pembangunan budaya bangsa seluruhnya, yang hasil-hasilnya dapat dinikmati oleh bangsa.

Bahwa dalam mewujudkan wawasan nusantara di bidang hukum terkandung di dalamnya perwujudan wawasan nusantara dan wawasan kebhinekaan tunggal ika. Oleh karena itu, hendaknya tidak terlalu sempit mengartikan kalimat "satu kesatuan hukum dalam arti bahwa hanya ada satu hukum nasional yang mengabdi pada kepentingan nasional". Satu hukum nasional haruslah diartikan satu sistem hukum nasional. Di dalam sistem hukum nasional terdapat berbagai sub sistem hukum nasional.[241] Termasuk di dalam sub sistem hukum nasional adalah hukum Islam.

Bertolak dari adanya keragaman bangsa dan keragaman beragama dan keragaman kepercayaan yang dianut itulah, hendaknya perlu diingat bahwa pengembangan hukum tidak hanya tertuju pada satu kesatuan hukum saja, akan tetapi juga harus memperhatikan pula pada adnya kebutuhan-kebutuhan hukum yang khusus dari golongan rakyat tertentu yang ada dalam masyarakat sehingga kelompok masyarakat tersebut mendapat perlakuan yang seadil-adilnya.

Undang-undang Peradilan Agama (UU No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama tang dirubah dalam UU No. 3 Tahun 2006 Tertang Perubahan Atas Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama) bersumber

[241] Jawaban Pemerintah terhadap Pandangan Umum Fraksi-fraksi di Dewan Perwakilan Rakyat atas Rancangan Undang-undang tentang Peradilan Agama, Tanggal 19 Juni 1989, di Jakarta.

dari undang-undang, ini dapat diketehui dari Undang-undang No. 14 tahun 1970 Tentang Ketentuan-ketentuan Pokok kekuasaan Kehakiman, yang diubah dalam Undang-undang No. 4 Tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman,yang merupakan induk dan kerangka umum serta merupakan asas dan pedoman bagi semua lingkungan peradilan. Dalam Pasal 10 ayat (2) undang-undang tersebut di atas dinyatakan, "Badan peradillan yang di bawah Mahkamah Agung meliputi badan peradilan dalam lingkungan peradilan umum, peradilan agama, peradilan militer dan peradilan tata usaha negara". Dalam undang-undng tu membedakan antara empat lingkungan peradilan yang masing-masing mempunyai lingkungan wewenang mengadili tertentu dan meliputi badan-badan peradilan tingkat pertama dan tingkat banding. Peradilan Agama, Militer dan Tata Usaha Negara merupakan Peradilan Khusus karena mengadili perkara-perkara tertentu. Sebagai Undang-undang pokok, Undang-undang No. 14 ahun 1970 Tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, yang diubah dalam Undang-undang No. 4 Tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman, memerlukan undang-undang lain untuk mengatur empat lingkungan peradilan sebagaimana disebut di atas, termasuk di dalamnya adalah "Peradilan Agama". Adapun kekuasaan kehakiman di lingkungan Peradilan Agama, dalam undang-undang ini dilaksanakan oleh Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama yang berpuncak pada Mahkamah Agung, sesuai dengan prinsi-prinsip yang ditentkan oleh Undang-undang Kekuasaan Kehakiman.

Dalam perkembangan sekarang, secara yuridis formal dalam Undang-undang No. 4 Tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman yang secara tegas

menyebutkan bahwa penyelenggaraan kekuasan lembaga peradilan baik mengenai pembinaan teknis yudisial maupun non teknis yudisial sepenuhnya berada dalam satu atap di bawah kekuasaan Mahkamah Agung.[242] Pada tahun yang sama lahir beberapa undang-undang yang secara teknis mengatur tentang penerapan sistem peradilan satu atap di Indonesia, yakni UU No. 5 Tahun 2004 Tentang Perubahan Atas UU No. 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung, UU No. 8 Tahun 2004 Tentang Peradilan Umum, UU No. 9 Tahun 2004 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara dan UU No. 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan Atas Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, sedangkan Peradilan Militer masih dalam pembahasan.

Isu seputar independensi kekuasaan kehakiman memang menggema pada saat bergulirnya tuntutan reformasi di segala bidang kehidupan berbangsa dan bernegara, termasuk di bidang hukum. Kekuasaan kehakiman dianggap dikebiri oleh kekuasaan eksekutif yang salah satu contohnya nampak bahwa pembinaan secara organesatoris, administratif dan finansial berada di tangan eksekutif. Mahkamah Agung hanya melakukan pembinaan terhadap empat lingkungan peradilan secara teknis justisial. Bagaimanapun juga hal ini dapat mengurangi kebebasan kekuasaan kehakiman sebagai penegak hukum dan keadilan.[243]

Kemandrian dan kemerdekaan lembaga peradilan merupakan syarat mutlak bagi suatu negara berdasar atas hukum. Sebab ini merupakan tuntutan dari

---

[242] Ahmad Mujahidin, *Peradilan Satu Atap di Indonesia*, Cet. 1 (Bandung: PT. Refika Aditama, 2007), hal. 223 – 224.

[243] Abdul Ghofur Anshori, *Peradilan Agama di Indonesia Pasca UU No. 3 Tahun 2006 (Sejarah, Kedudukan dan Wewenang)*, Cet. 1 (Yogyakarta: UII Prees, 2007), hal. 37-38.

banyak pihak agar kekuasaan kehakiman harus bersifat independen, salah satunya adalah dalam hal mekanisne pembinaannya. Dengan sifat kemandirian dan kemerdekaan lembaga peradilan berarti lembaga ini sudah tidak ada lagi kaitannya dengan pihak dan lembaga lain (eksekutif maupun legislatif) dalam hal penegakan dan penerapan teknis yudisial maupun non teknis yudisial (pengelolaan teknis administrasi, organesasi dan finansial). Kekuasaan dan wewenang Mahkamah Agung secara yuridis formal setelah diperlakukannya peradilan satu atab di Indonesia adalah sebagai sentral pelaksana kekuasaan lembaga peradilan untuk mengurusi, membina dan mengawasi empat lemaga peradilan di bawahnya.

Sistem peradilan satu atap adalah satu kebijakan yang potensial menimbulkan implikasi, baik yang diharapkan maupun yang tidak diharapkan. Implikasi yang perlu diantisipasi dengan adanya sistem ini antara lain adalah:[244] (1) Ditinjau dari ajaran *trias politica*, dengan satu atap, pemisahan kekuasaan kehakiman dari kekuasaan legislatif dan eksekutif menjadi lebih murni. Dengan demikian hubungan *checks and balences* menjadi terbatas pada pengangkatan hakim agung, (2) Satu atap juga dapat menimbulkan konsekuensi cakupan pertanggungjawaban kekuasaan kehakiman, ia selain harus bertanggungjawab secara teknis yustisial juga secara administratif. Padahal kita ketahui bahwa terdapat tumpukan perkara di Mahkamah Agung yang jumlahnya ribuan, belum lagi beban administrasi sebagai akibat langsung dari penyatuan atap tersebut, (3) Ada semacam kekhawatiran sistem satu atap justru akan melahirkan kesewenang-wenangan pengadilan atau hakim (tirani penggadilan), dengan satu atap tidak ada

[244] *Ibid.*, hal. 39-40.

lagi lembaga lain yang mengawasi perilaku hakim, (4) Dalam praktiknya pengawasan terhadap hakim yang nakal menjadi sulit karena urusan gaji dan administrasi berada di Departemen Kehakiman. Dengan penyatuan atap diharapkan pengawasan akan lebih mudah danefisren. Sistem satu atap akan lebih baik, ketika diiringi oleh keberadaan *Komisi Yudisial*, dan (5) Satu atap akan mempersingkat berbagai urusan dan memudahkan komunikasi. Tata peradilan dapat berjalan lebih efisien dan terpusat karena tidak ada dua tempat yang mengurus hakim. Upaya meningkatkan anggaran dan berbagai fasilitas juga akan lebih mudah.

Penerapan sistem peradilan satu atap di Indonesia di bawah kekuasan Mahkamah Agung mutlak direalisasikan tidak sekedar memenuhi tuntutan reformasi, melainkan sebagai konsekuensi suatu negara hukum dan sekaligus sebagai implementasi adanya pemisahan kekuasaan dalam sebuah negara di samping melaksanakan amanat konstitusi dan yuridis formal yang diperjuangkan berpuluh-puluh tahun.[245]

Setelah penjelasan hal-hal yang berkaitan dengan Peradilan Agama baik yang menyangkut eksistensi dalam menegakkan pilar-pilar yang melandasi berlakunya hukum Islam dalam sistem tata hukum Indonesia, berikut penjelasan peranan Peradilan Agama dalam pembinaan hukum nasional.

Dalam arti sempit, pembangunan atau pembinaan hukum nasional adalah pembinaan asas-asas hukum, prinsip hukum dan kaidah-kaidah hukum yang mampu menjadi sarana dan menjamin keadilan, kebenaran, ketertiban dan

---

[245] Ahmad Mujahidin, *op. cit.*, hal. 227.

kepastian hukum sehingga terwujud masyarakat Indonesia yang bebas, sama, damai dan sejahtera. Dari sudut ini, pembinaan hukum nasional mengandung makna pembaharuan atau pembentukan asas-asas hukum, prinsip-prinsip hukum dan kaidah hukum "baru".[246]

Ada dua cara yang ditempuh dalam pembinaan hukum nasional, yaitu melalui pembentukan perundang-undangan dan melalui putusan-putusan hakim atau yurisprudensi. Pada saat ini, sistem hukum apapun, yusisprudensi menempati tempat yang sangat penting,[247] karena (1) dalam yurisprudensi, orang dapat menemukan wujud kaidah yang kongkrit melalui penyesuaian kaidah hukum dengan tuntutan perubahan, baik perubahan keadaan maupun perubahan rasa keadilan, (2) yurisprudensi berperan pula dalam mengisi kekosongan hukum, khususnya kekosongan peraturan perundang-undangan, melalui yurisprudensi akan terpelihara keadilan, ketertiban dan kepastian melalui terciptanya kaidah baru dalam satu situasi yang kongkrit, dan (3) yurisprudensi berperan pula mengubah "wajah politik" suatu peraturan perundang-undangan menjadi wajah hukum secara murni. Hakim tidak lagi lagi terutama perpedoman pada keinginan pembentuk peraturan perundang-undangan, tetapi berpedoman pada tujuan hukum yang terkandung dalam peraturan perundang-undangan itu.

Wujud yang diharapkan dari yurisprudensi Peradilan Agama dalam pembinaan hukum nasional, yurisprudensi Peradilan Agama yang digali dari ajaran atau hukum Islam akan menjelma dalam bentuk sebagai berikut:[248] (1)

---

[246] Bagir Manan, "Peranan Peradilan Agama dalam Pembinaan Hukum Nasional," *op. cit.*, hal. 150.

[247] *Ibid.*, hal. 151.

[248] *Ibid.*, hal. 152.

menemukan asas dan prinsip hukum, yang di dalamnya tercermin tata nilai dan pesan kultural yang dapat diwujudkan menjadi kaidah hukum, (2) pembentukan kaidah hukum, melalui transformasi kaidah-kaidah yang bersumber dari ajaran dan hukum Islam menjadi bagian dan sistem hukum nasional, (3) yurisprudensi Peradilan Agama dapat mentransformasikan, melahirkan, atau mengadaptasi ajaran (doktrin) hukum menurut ajaran Islam menjadi ajara (doktrin) dalam sistem hukum nasional.

Peranan Mahkamah Agung Bidang Lingkungan Peradilan Agama dalam pengembangan hukum Islam yang menjadi wewenangnya sangat penting dalam mengisi kekosongan hukum Islam dan pengembangan hukum Islam menjadi hukum nasional. Mahkamah Agung adalah lembaga tinggi negara, ia merupakan pengadilan negara tertinggi dari lingkungan semua peradilan yang ada di Indonesia. Mahkamah Agung diatur dalam Undang-undang RI No. 14 Tahun 1985, yang dirubah dalam Undang-undang Republik Indonesia No. 5 Tahun 2004 Tentang Perubahan Atas Undang-undang No. 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung. Menurut Pasal 28 ayat (1) dalam Undang-undang Mahkamah Agung tersebut, dinyatakan "Mahkamah Agung bertugas dan berwenang memeriksa dan memutus: (a) permohonan kasasi, (b) sengketa tentang kewenangan mengadili, (c) permohonan peninjauan kembali putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap". Dalam ayat (2) dari Undang-undang tersebut dijelaskan bahwa: "Untuk kelancaran pelaksanaan tugas sebagaimana dimaksudkan ayat (1) Ketua Mahkamah Agung menetapkan pembidangan tugas dalam Mahkamah Agung".

Sesuai dengan Undang-undang No. 14 Tahun 1970 Tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, yang diubah dengan Undang-undang No. 4 Tahun 2004, Pasal 10 ayat (1) dinyatakan: "Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan dibawahnya, dan oleh sebuah Mahhkamah Konstitusi". Dalam ayat (2) pasal tersebut dinyatakan: "Badan peradilan yang di bawah Mahkamah Agung meliputi badan peradilan dalam lingkungan peradilan umum, peradilan agama, peradilan militer, dan peradilan tata usaha negara". Sebagai realisasi kelancaran pelaksanaan tugas oleh Mahkamah Agung, ditetapkanlah pembidangan tugas termasuk di dalamnya adalah bidang lingkungan Peradilan Agama yang terlegalitas dalam Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, yang diubah dalam Undang-undang No. 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama.

Bidang lingkungan Peradilan Agama dalam Mahkamah Agung mempunyai tugas, sebagaimana sesuai tugas yang dimiliki oleh Mahkamah Agung yang dinyatakan dalam Pasal 29 UU No. 14 tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, yang diubah dalam UU. No. 5 Tahun 2004 Tentang Perubahan Atas UU. No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, dinyatakan: "Mahkamah Agung memutus permohonan kasasi terhadap putusan Pengadilan Tingkat Banding, atau Tingkat Terakhir dari semua lingkungan Peradilan". Atau secara khusus dinyatakan dalam Pasal 30 dari Undang-undang tersebut dinyatakan dalam ayat (1) Mahkamah Agung dalam tingkat kasasi membatalkan putusan atau menetapkan pengadilan-pengadilan dari semua lingkungan peradilan karena: (a)

tidak wewenang atau melampui batas wewenang, (b) salah menerapkan atau melanggar hukum yang berlaku, (3) lalai memenuhi syarat-syarat yang diwajibkan oleh peraturan perundang-undangan yang mengancam kelalaian itu dengan batalnya putussan yang bersangkutan.

Secara umum dapat dikatakan, bahwa Mahkamah Agung mempunyai dua fungsi, yaitu fungsi menurut hukum dan fungsi menurut undang-undang.[249] Fungsi Mahkamah Agung menurut hukum adalah fungsi Mahkamah Agung dalam kaitannya dengan puncak peradilan, yaitu fungsi rekayasa hukum atau sarana pembaharuan dan pembangunan hukum. Adapun fungsi Mahkamah Agung menurut undang-undang adalah menjaga kesatuan hukum yang berlaku, dan wewenang melakukan penggawasan atas jalannya peradilan yang baik. Dengan demikian, jadilah Mahkamah Agung sebagai lembaga yang harus memelihara hukum yang berlaku agar tetap sejalan seirama dengan rasa kesadaran hukum dan rasa keadilan masyarakat. Demikian juga, Mahkamah Agung Bidang Lingkungan Peradilan Agama, yang merupakan kepanjangan tangan bentuk teknis dalam memutus tingkat kasasi dalam lingkungan Peradilan Agama di bidang (a) perkawinan, (b) kewarisan, wasiat dan hibah (c) wakaf dan shadaqah, dan (d) ekonomi syari'ah sesuai yang diatur dalam Undang-undang No. 3 tahun 2006 Tentang Perubahan Atas Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama.

Mahkamah Agung bidang lingkungan Peradilan Agama di samping mempunyai fungsi menurut undang-undang, yaitu menjaga kesatuan hukum yang

---

[249] Bustanul Arifin, *Pelembagaan Hukum Islam di Indonesia: Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya*, cet. 1 (Jakarta: Gema Insani Prees, 1966), hal. 111.

berlaku, dan wewenang melakukan pengawasan atas jalannya peradilan agar sesuai dengan rasa keadilan hukum dan rasa keadilan dari masyarakat. Maka, ia mempunyai fungsi pula menurut hukum, yaitu fungsi rekayasa hukum atau sarana pembaharuan dan pembangunan hukum.

Dalam menjalankan fungsi rekayasa hukum atau sarana pembaharuan dan pembangunan hukum Islam yang menjadi wewenang Peradilan Agama yang dilakukan oleh Mahkamah Agung bidang lingkungan Peradilan Agama bisa menyangkut hukum Islam substantif dan hukum acaranya. Walaupun hakim di Pengadilan agama ataupun di Mahkamah Agung bidang lingkungan Peradilan Agama dibekali buku pedoman khusus seperti Kompilasi Hukum Islam di Indonesia, belum tentu buku pedoman khusus itu dapat menjawab dan menyelesaikan semua perkara yang diajukan kepadanya karena masyarakat selalu berkembang sesuai dengan perkembangan zaman yang melahirkan permasalahan hukum yang kompleks dibanding pada waktu undang-undang itu dibuat.

Hakim Peradilan Agama (hakim agung) di Mahkamah Agung dituntut untuk berijtihad dalam bentu kemampuan untuk menafsirkan dan mengembangkan hukum Islam yang sudah tersedia seperti Kompilasi Hukum Islam (KHI). Usaha pengembangan hukum dalam undang-undang disebut dengan *" takhrijul akhkam 'ala nashshil qanun"*, yakni pengembangan hukum dengan berdasarkan teks undang-undang.[250] Metode yang digunakan antara lain metode *qiyas* (analogi) dalam arti bilamana inti permasalahan sama, maka hukumnya

[250] Satria Effendi M. Zein, "Ijtihad dan Hakim Peradilan Agama", *op. cit.*, hal. 48.

dapat disamakan pula. Atau denganmenggunakan metode lain dalam upaya menafsirkan dan mengembangkan prinsip hukum Islam.

Prinsip *"takhrijul akhkam 'ala nashshil qanun"* sesuai aturan Undang-undang RI. No. 14 Tahun 1985, yang diperbaharui dalam ndang-undang No. 5 tahun 2004 Tentang Perubahan Atas Undang-undang No. 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung, dalam Pasal 79 dinyatakan: " Mahkamah Agung dapat mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran penyelenggaraan peradilan apabila terdapat hal-hal yang belum cukup diatur dalam undang-undang ini". Untuk itu hakim Pengadilan Agama dituntut untuk menafsirkan dan mengembangkansuatu prinsip hukum yang cocok dengan suatu perkara yang tidak diatur dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI). Upaya ijtihad yang dilakukan oleh hakim agama di Mahkamah Agung bidang lingkungan Peradilan Agama dalam menghadapi dan menjawab perkara yang diajukan kepadanya menyangkut persoalan *ijtihad istinbati* (ijtihad dalam menyimpulkan hukum dari sumbernya) dan menyangkut *ijtihad tathbiqi* (ijtihad dalam penerapan hukum).[251]

Peran Mahkamah Agung bidang lingkungan Peradilan Agama dalam pengembangan hukum Islam yang menjadi wewenang Peradilan Agama dapat dilihat fungsi Mahkamah Agung bidang lingkungan Peradilan Agama dalam menjalankan fungsi menurut hukum, yaitu fungsi sebagai puncak peradilan yang berperan sebaai rekayasa hukum atau sarana pembaharuan dan pembangunan hukum. Peran ini dapat dilihat dari putusan (yurisprudensi) Mahkamah Agung seperti akan dipaparkan penulis dalam bab tersendiri disertasi ini, sebagai realisasi

---

[251] *Ibid.*, hal. 42.

dari prinsip *"takhrijul akhkam 'ala nashshil qanun"* maupun dari komitmen Mahkamah Agung dalam kerjasama pembangunan hukum Islam.

Pembangunan hukum materiil Peradilan Agama termasuk dalam kategori dimensi pembaharuan, yaitu usaha untuk melengkapi dan menyempurnakan hukum materiil Peradilan Agama yang kini dihimpun secara sistematis dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI). Ini berarti bahwa dalam pengembangan hukum materiil Peradilan Agama, yaitu melengkapi apa yang belum ada dalam Kompilasi Hukum Islam itu dan menyempurnakan apa yang sudak ada di dalamnya.[252] Jalan yang terbaik untuk ditempuh dalam pengembangan hukum Islam di Indonesia adalah dengan jalan yurisprudensi sebab ijtihad bersama melalui perundang-undangan dengan jalan ijtihad bersama di lembaga Dewan Perwakilan Rakyat selama Indonesia merdeka, terutama dalam pembicaraan Rancangan Undang-undang Perkawinan dan Rancangan Undang-undang Peradilan Agama mengalami proses yang cukup berat.[253] Dan, ini dimaklumi sebab Dewan Perwakilan Rakyat tidak semuanya muslim, dan walaupun di dalamnya terdapat orang Islam, tetapi mereka belum tentu komitmen terhadap hukum Islam.

Sebagi contoh bukti peranan Mahkamah Agung bidang lingkungan Peradilan Agama dalam pengembangan hukum Islam, terhadap beberapa putusan Pengadilan Agama dan ahkamah Agung yang dapat dikembangkan menjadi yurisprudensi tetap karena bersifat pengembangan hukum Islam atau ketentuan

---

[252] Mohammad Daud Ali, Pengembangan Hukum Materiil Peradilan Agama," *op. cit.*, hal. 18.

[253] *Ibid.*, hal. 22-23.

perundang-undangan yang berlaku untuk mencapai keadilan, ketertiban dan kepastian hukum di lingkungan Peradilan Agama.

Hal yang dimaksud tersebut di atas dapat dikemukakan seagai contoh Putusan Pengadilan Agama Jakarta Pusat No. 114/1977 tanggal 28 April 1977 yang dikuatkan oleh Pengadilan Tinggi Agama Bandung No. 16/1977 tanggal 10 Desember 1977 dan dikukuhkan oleh putusan Mahkamah Agung No. 14 K/Ag/1979 tanggal 5 Juli, yang menetapkan pemeliharaan anak setelah kedua orang tuanya bercerai pada suami karena istri dinilai tidak akan mampu mendidik dan memelihara anak karena masalah moral dan akhlak yang ada pada dirinya. Sebagai contoh lain, yakni putusan ahkamah Agung Nomor 51 k/AG/1981 tanggal 25 Agustus 1982 telah menafsirkan (memperluas) Pasal 39 ayat (1) Undang-undang No. 1 tahun 1974 Jo. Pasal 14 Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 dengan menegaskan bahwa talak, selain dilakukan di depan sidang pengadilan, harus juga dihadiri oleh dua orang saksi.

Yurisprudensi Peradilan Agama yang digali dari ajaran atau hukum Islam atau penerapan ajaran atau hukum Islam akan menjelma dalam bentuk: pertama, penemuan asas dan prinsip hukum yang tercermin tata nlai dan pesan kultural yang semestinya diwujudkan oleh suatu kaidah hukum. Kedua, pembentukan kaidah hukum yang mentransformasikan kaidah-kaidah yang bersumber dari ajaran dan hukum Islam menjadi bagian dari sistem hukum nasional. Ketiga, yurisprudensi Peradilan Agama dapat mentranformasikan,

melahirkan dan mengadaptasi ajaran hukum menurut Islam menjadi ajaran dalam sistem hukum nasional.[254]

Peran Mahkamah Agung dalam pengembangan dan pembangunan hukum Islam yang menjadi wewenang Peradilan Agama (yang lalu) dapat dilihat dari kerjasama yang dilakukannya dengan Departemen Agama dalam "Proyek Pembangunan Hukum Islam Melalui Yurisprudensi". Proyek pembangunan hukum Islam melalui yurisprudensi adalah proyek yang diprakarsai oleh Mahkamah Agung RI bersama dengan Departemen RI yang mendasarkan pada Surat Keputusan Bersama antara Mahkamah Agung RI dan Menteri Agama RI Nomor 07/KMA/1985 dan 25 tahun 1985 tanggal 21 Maret 1985.

Tugas proyek tersebut adalah untuk melaksanakan usaha pembangunan hukum Islam melalui yurisprudensi dengan jalan kompilasi hukum Islam. Sasarannya, (a) mengkaji kitab-kitab yang dipergunakan sebagai landasan putusan-putusan hakim agar sesuai dengan perkembangan masyarakat Indonesia untuk menuju hukum nasional. Untuk menyelenggarakan tugas pokok tersebut, proyek pembangunan hukum Islam melalui yurisprudensi dilakukan dengan cara mengumpulkan data, dengan melakukan penelaahan/pengkajian kitab-kitab, (b) wawancara dilakukan dengan para *ulama'*, (c) lokakarya dari hasil penelaahan kitab-kitab dan dari hasil wawancara dengan para *ulama'*, dan (d) studi perbandingan di negara-negara lain, khususnya timur Tengah.[255]

Dengan melalui yurisprudensi yang berlandaskan kepada kitab himpunan / Kompilasi Hukum Islam itu, dapat dilakukan pembangunan,

---

[254] Bagir Manan, " Peranan Peradilan Agama dalam Pembinaan Hukum Nasional," *op. cit.*, hal. 152-153.

[255] Abdurrahman, Kompilasi Hukum Islam di Indonesia, *op. cit.*, hal. 103.

pembinaan dan penerapan hukum Islam sebagai hukum positip di Indonesia dalam rangka usaha pembangunan dan pembinaan hukum nasional. Tersusunnya Kompilasi Hukum Islam itu pula merupakan perwujudan kerjasama yang baik antara *umara'* dengan *ulama'* dalam mengkodifisikan hukum Islam sebagai pelayanan hukum bagi umat Islam Indonesia yang terkodifikasi dan terunifikasi sehingga memudahkan bagi umat Islam untuk mengetahui hukumnya dalam bidang-bidang hukum tertentu.

3. 3 Kedudukan dan Wewenang Peradilan Agama Pasca UU No. 3 Tahun 2006

Kalau ditinjau dari segi historis dalam kerangka Peradilan Agama, sekurang-kurangnya ada tiga alasan dasar mengapa eksistensi Peradilan Agama di Indonesia harus dipertahankan, yaitu:[256]Pertama, alasan filosofis, yaitu sejak tingkahlaku masyarakat Islam Indonesia mulai dipengaruhi oleh ajaran Islam sehingga melahirkan pandangan hidup, cita moral dan cita hukum bagi kehidupan sosio kulturalnya dan akhirnya menunjukkan korelasi antara ajaran Islam realitas sosialnya yang tergambarkan eratnya kaitan antara epistemologi keislaman masyarakat dan nilai-nilan filosofis di dalam Pancasila. Kedua, alasan sosiologis, yaitu dapat diketahui melalui searah masyarakat Islam Indonesia yang menunjukkan bahwa cita hukum dan kesadaran hukum dalam kaitannya dengan kehidupan keislaman memiliki tingkat aktualitas yang berkesinambungan, berawal dari bentuk kelompok sosial yang sangat minimal hingga menjadi bagian

[256] Abdul Gani Abdullah, "Peradilan Agama Pasca Undang-undang No. 7 Tahun 1989 dan Perkembangan Studi Hukum Iskam di Indonesia," dalam *Mimbar Hukum No. 17 Thn. V 1994*, hal. 94-95.

dari masyarakat negara. Masyarakat Islam mengaktualisasikan kebutuhan terhadap layanan hukum dan peradilan dengan *mengtahkimkan* permasalahan hukumnya kepada pemuka mereka yang dipandang mampu menjadi *muhakkam.* Pada akhirnya, hakim diangkat oleh penguasa "setempat" disertai pemberian *tauliyah* untuk memeriksa, mengadili dan menyelesaikan permasalahan hukum tersebut. Ketiga, alasan yuridis, yaitu dapat dikemukakan bahwa layanan hukum dan peradilan bagi masyarakat Islam diberi tempat secara konstitusional melalui Pasal 29 ayat (2) UUD 1945 dan melalui pasal itu pulalah yang menjadikan aturan dasar bagi eksistensi lembaga Peradilan Agama bagi masyarakat Islam. Kemudian terjadi penataan sistem peradilan yang berdasarkan Pasal 24 dan Pasal 25 UUD 1945 dan melahirkan perundang-undangan dan peraturan lebih lanjut yang terkait denga layanan hukum seperti UU No. 14 Tahun 1970 Jo. Undang-undang No. 4 Tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman, UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, UU No. 7 Tahun 1989 Jo. UU. 3 Tahun 2006 Tentang Peradilan Agama, Inpres RI No. 1 Tahun 1991 Tentang Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan sebagainya.

Pada awalnya Peradilan Agama merupakan salah satu gejala keislaman yang mampu mengungkap berbagai persoalan, di dalamnya terdapat lima indikator yang mengantarnya pada sebuah lembaga hukum Islam. Sebuah sejala keislaman dapat menjadi lembaga hukum Islam bila memiliki indikator:[257] (1) adanya hukum Islam, (2) adanya pihak yang konsen terhadap hukum Islam itu, (3)

[257] Abdul Gani Abdullah, " Lahirnya UUPA: Sebuah Acuan Tradisi Pembentukan Hukum," dalam *Pesantren No. 2/Vol. VII/1990,* hal. 40.

adanya tradisi yang mengikat, (4) terjadinya proses transformasi hukum, serta (5) adanya tujuan tertentu oleh wadah di mana keempat indikator tadi terinteraksi.

Suatu aktifitas sosial yang menunjukkan terjadinya interaksi lima indikator di atas berarti menempatkan dirinya sebagai gejala keislaman. Transformasi intelektual di bidang tertentu adalah petunjuk terjadinya pertumbuhan kesadaran dan hukum Islam domiinan dalam proses tersebut. Perjalanan sejarah lembaga keislaman memperlihatkan hukum Islam mewarnai interaksi sosial akibat transformasi. Tumbuhnya kesadaran melahirkan tindakan yang sejalan dengan hukum dan tuntutan penegakan menurut hukum Islam terhadap suatu persengketaan.[258]

Kehadiran UUPA menambah muatan hukum nasional dengan memberikan dasar yang kokoh untuk memaksakan penegakan hukum Islam sepanjang yang dimaksid Pasal 2 ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974 dan Pasal 49 UU. No. 7 Tahun 1989 Jo. UU No. 3 Tahun 2006 Tentang Peradilan Agama. Maka, menuntut profesionalisme hakim untuk menempatkan *syari'at* dalam normatifnya untuk mengantisipasi kompleksitan persengketaan kepentingan. Oleh karena itu, legislasi hukum Islam dalam UPA tidak lebih daripada menundukkan kaidah petunjuk menjadi aturan hukum dalam tata hukum nasional.[259]

Perlu diketahui bahwa keberadaan Undang-undang Peradilan Agama (UU No. 7 Tahun 1989 Jo. UU No. 3 Tahun 2006) baru merupakan satu tahap dari penegakan hukum, yaitu tahap pembuatan undang-undang (*law making*), dua tahap lainnya yaitu, tahap penerapan (*law application*) dan tahap penghakiman

---

[258] *Ibid.*, hal. 41.
[259] *Ibid.*, hal.43.

(*law adjudication*) yang harus diperjuangkan.[260] Atau dengan kata lain bahwa dengan operesionalisasi atau bekerjanya (*fungsionalisasi*) hukum Islam secara yuridis formal, yaitu melalui tiga tahap: (1) tahap formulasi (tahap pembuatan undang-undang atau hukum slam positif, (2)tahap aplikasi (tahap penerapan hukum positif itu) dan (3) tahap eksekusi (tahap pelaksanaan dari suatu keputusan hukum melalui proses peradilan).

Pada tahap formulasi (penciptaan) hukum Islam positif melalui ijtihad oleh para *mujtahid* melalui *al-ra'yu* nya sebagai sumber hukum Islam ketiga telah melahirkan UU No. 7 tahun 1989 Jo.UU No. 3 Tahun 2006 Tentang Peradilan Agama. Usaha tersebut dimungkinkan dan terlindung secara legalitas dalam sistem hukum tata negara Republik Indonesia. Hal ini dapat diketahui melalui Pasal 24 ayat (1) UUD 1945 yang dinyatakan: " Kekuasaan Kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan lain-lain badan kehakiman menurut undang-undang". Ayat (2) dari pasal tersebut dinyatakan: " Susunan dan kekuasaan Badan-badan Kehakiman itu diatur dalam undang-undang". Sebagai penjabaran dan pelaksanaan dari ketentuan pasal Undang-undang Dasar tersebut di atas, ditetapkan UU No. 14 Tahun 1970 Jo. UU No. 5 Tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman, yang dalam Pasal 10 Undang-undang tersebut menentukan, "Kekuasaan kehakman dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan (a) Peradilan Umum, (b) Peradilan Agama, (c) Peradilan Militer, dan (d) Peradilan Tata Usaha Negara.

---

[260]Achmad Roestandi, "Beberapa Catatan Signifikan di Sekitar Pelaksanaan Undang-undang Peradilan Agama," dalam *Mimbar Hukum No. 18 Thn. 1995*, hal. 82.

Dalam Pasal 12 UU No. 14 Tahun 1970 Jo. UU No. 4 Tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman, ditetapkan "Susunan kekuasaan serta acara dari Badan-badan Peradilan seperti tersebut dalam Pasal 10 ayat (1) diatur dalam undang-undang tersendiri. Adapun sebagai realisasi undang-undang tersendiri tersebut di atas, untuk Peradilan Agama diatur dalam UU No. 7 tahun 1989 Jo. UU No. 3 Tahun 2006 Tentang Peradilan Agama.

Pembentukan suatu undang-undang tidak terlepas dari politik hukum yang dianut oleh suatu negara. Adapun politik hukum yang dianut negara Indonesia pada waktu proses pembuatan UU No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, yaitu pembangunan hukum secara terarah dan terpadu antara lain kodifikasi dan unifikasi di bidang-bidang hukum tertentu serta penyusunan perundang-undangan baru yang sangat dibutuhkan untuk dapat mendukung pembangunan di berbagai bidang sesuai dengan tuntutan pembangunan serta tingkat kesadaran hukum dan dinamika yang berkembang dalam masyarakat.

Sesuai dengan politik hukum tersebut, Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Jo. UU No. 3 Tahun 2006 Tentang Peradilan Agama, dibentuk antara lain karena dibutuhkan oleh umat Islam dan sesuai dengan kesadaran hukum mayoritas bangsa Indonesia. Suatu pereturan hukum akan ditaati dengan baik apabila peratuuran tersebut sesuai dengan kesadaran hukum bangsa tersebut. Sebaliknya, hukum yang tidak sesuai dengan kesadaran hukum masyarakat lebih besar maka hukum itu tidak akan berjalan dengan baik.[261]

---

[261] Zaenal Abidin Abubakar, " Kompilasi dan Struktur Organesasi Peradilan Agama," oleh Moh. Mahfud dkk. (ed) dalam *Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*, Cet. 1 (Yogyakarta: UII Prees, 1993), hal. 37.

Adapun rincian yang akan dicapai oleh Pengadilan Agama menurut UU No. 7 Tahun 1989 Jo. UU No. 3 Tahun 2006 Tentang Peradilan Agama ialah sebagai berikut.[262] Bahwa dengan adanya Peradilan Agama diharapkan tercapai perwujudan tata kehidupan bangsa yang sejahtera, aman, tenteram dan tertib dalam kerangka negara hukum yang berdasarkan Pancasila. Terjaminnya jaminan persamaan kedudukan warga negara dalam hukum, dimana diperlukan upaya untuk menegakkan keadilan, kebenaran, ketertiban dan kepastian hukum yang mampu memberikan pengayoman kepada masyarakat.

Di samping itu, adalah terciptanya salah satu upya untuk menegakkan keadilan, kebenaran dan ketertiban dan kepastian hukum sebagaimana yang dimaksun dalam Undang-undang Kekuasaan Kehakiman. Dengan adanya Pengadilan Agama, terciptalah susunan, kekuasaan dan hukum acara pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama, yang selama ini berbeda-beda dan beragam di wilayah Indonesia. Di samping itu, bahwa dengan terciptanya UUPA, berdirilah Pengadilan Agama di Kota Madia atau Kota Kabupaten dan Pengadilan Agama di seluruh Ibu Kota Provinsi di bawah satu atap oleh Mahkamah Agung. Bahwa dengan adanya Pengadilan Agama, maka ditentukan syarat-syarat formal bagi hakim, khususnya hakim Pengadilan Agama dan bahwa hakim Pengadilan Agama diangkat dan diperhentikan oleh presiden sebagai kepala negara. Untuk itu dengan adanya Undang-undang Peradilan Agama, dimantapkan kemandirian Pengadilan Agama dengan diadakannya juru sita, sehingga Pengadilan Agama dapat melaksanakan putusannya sendiri, berbeda pada masa-masa sebelumnya.

---

[262] Padmo Wahyono, " Budaya Hukum Islam dalam Perspektif Pembentukan Hukum di Masa Datang," *op. cit.*, hal. 1-2.

Dengan berlakunya Pengadilan Agama menjadi jelas tugas dan wewenangnya dalam hal memutus dan menyelesaikan perkara-perkara tertentu untuk dan antara orang-orang Indonesia yang beragama Islam. Bahwa dengan terbentuknya Pengadilan Agama, khususnya dalam hal hukum acaranya tercapai suatu asas penyelenggaraan seksama dan sewajarnya.

Berikut ini akan dibicarakan tentang wewenang (kompetensi) Pengadilan Agama menurut UU No. 7 ahun 1989 Jo. UU No. 3 Tahun 2006 Tentang Peradilan Agama. Salah satu pokok pikiran yang tercantum dalam pertimbangan undang-undang tersebut adalah menyeragamkan kompetensi atau wewenang Pengadilan Agama. Pasal 49 UU No. 3 Tahun 2006 dinyatakan: " Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang (a) perkawinan, (b) waris, (c) wasiat, (d) hibah, (e) wakaf, (f) zakat, (g) infaq, (h) shadaqah, dan (i) ekonomi syari'ah".

Adapun yang dimaksud dengan "perkawinan" adalah hal-hal yang diatur dalam atau berdasrkan undang-undang mengenai perkawinan yang berlaku yang dilakukan menurut *syari'ah*, antara lain:[263]

1. Izin beristri lebih dari seorang;
2. Izin melangsungkan perkawinan bagi orang yang belum berusia 21 (dua puluh satu) tahun, dalam hal orang tua wali, atau keluarga dalam garis lurus ada perdebatan pendapat;
3. Despensasi kawin;

[263] Penjelasan Pasal 49 Undang-undang No. 3 tahun 2006 Tentang Perubahan atas Undang-undang No. 7 tahun 1989 Tentang Peradilan Agama.

4. Pecegahan perkawinan;
5. Penolakan perkawinan oelh pegawai pencatat nikah
6. Pembatalan perkawinan;
7. Gugatan kelalaian atas kewajiban suami dan istri;
8. Perceraian karena talak;
9. Gugatan perceraian;
10. Penyelesaian harta bersama;
11. Penguasaan anak-anak;
12. Ibu dapat memikul biaya pemeliharaan dan pendidikan anak bilamana bapak yang seharusnya bertanggung jawab tidak mematuhinya;
13. Penentuan kewajiban memberi biaya penghidupan oleh suami kepada bekas istri atau penentuan suatu kewajiban bagi bekas istri;
14. Putusan tentang sah tidaknya seorang anak;
15. Putusan tetang pencabutan kekuasaan orang tua;
16. Pencabutan kekuasaan wali
17. Penunjukan orang lain sebagai wali oleh pengadilan dalam hal kekuasaan seorang wali dicabut;
18. Penunjukan seorang wali dalam seorang anak yang belum umur 18 (delapan belas0 tahun yang ditinggal kedua orang tuanya;
19. Pembebanan kewajiban ganti kerugian atas harta benda anak yang ada di bawah kekuasaannya;
20. Penetapan asal-usul seorang anak dan menetapkan penganktan anak berdasarkan hukum Islam;

21. Putusan tentang hal penolakan pemberian keterangan untuk melakukan perkawinan campuran;
22. Pernyataan tentang sahnya perkawinan yang terjadi sebelum Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan dan dijalankan menurut peraturan lain.

Adapun hukum kewarisan, yaitu menyangkut hal-hal yang mengenai:

1. Penentuan siapa yang menjadi ahli waris;
2. Penentuan mengenai harta peninggalan;
3. Penentuan bagian masing-masing ahli waris;
4. Melaksanakan pembagian harta peninggalan tersebut;
5. Penetapan pengadilan atas permohonan seseorang tentang penentuan siapa yang menjadi ahli waris, dan
6. Penentuan bagian masing-masing ahli waris.

Dalam Undang-undang No. 7 tahun 1989 terdapat pasal-pasal yang dapat dittafsirkan dibolehkannya pilihan hukum bagi orang Islam untuk memilih penyelesaian sengketa warisannya dengan menggunakan hukum Adat atau BW. Sedangkan dalam ketentuan Undang-undang No. 3 Tahun 2006, ini rumusan pasal yang mengandung pilihan hukum telah ditiadakan. Dengan demikian hukum waris yang berlaku adalah berdasarkan agama pewaris. Jadi bukan berdasarkan agama para ahli waris. Apabila pewaris beragama Islam, hukum waris yang berlaku adalah hukum waris Islam. Begitu juga jika pewarisnya beragama selain Islam, maka hukum waris yang berlaku mengikuti agama pewaris tersebut.

Adapun yang dimaksud dengan "wasiat" di atas adalah perbuatan seorang memberikan suatu benda atau manfaat kepada orang lain atau lembaga/badan hukum yang berlaku setelah yang memberi tersebut meninggal dunia. Adapun "hibah" adalah pemberian suatu benda secara suka rela dan tanpa imbalan dari seseorang atau badan hukum kepada orang lain atau badan hukum untuk dimiliki.

Adapun yang dimaksud dengan "wakaf" adalah perbuatan seorang attau sekelompok orang (*wakif*) untuk memisahkan dan/atau menyerrahkan sebagian harta benda miliknya untuk dimanfaatkan selamanya atau untuk jangka waktu tertentu sesuai dengan kepentingannya guna keperluan ibadah dan/atau kesejahteraan umum menurut syari'ah. Yang dimaksud dengan "zakat" di atas adalah harta yang wajib disisihkan oleh seorang muslim atau badan hukum yang dimiliki oleh orang muslim sesuai dengan ketentuan syari'ah untuk diberikan kepada orang yang berhak menerimanya. Maksud "infak" di atas adalah perbuatan seseorang meberikan sesuatu kepda orang lain guna menutupi kebutuhan, baik berupa makanan, minuman, mendermakan, memberikan rezeki (karunia), atau menafkakan sesuatu kepada orang lain berdasarkan rasa ikhlas, dan karena *Allah Subhanahu Wata'ala*. Adapun yang dimaksud "*shadaqah*" di atas adalah perbuatan seseorang memberikan sesuatu kepada orang lain atau lembaga/badan hukum secara spontan atau sukarela tanpa dibatasi oleh waktu dan umlah tertentu dengan mengharap *ridho Allah Subhanahu Ta'ala* dan pahala semata.[264]

---

[264] Penjelasan Pasal 49 Undang-undang No. 3 tahun 2006 Tentang Perubahan Atas Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama.

Yang dimaksud dengan "ekonomi syari'ah" adalah perbuatan atau kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syari'ah, antara lain meliputi:

1. Bank Syari'ah;
2. Lembaga keuangan mikro syari'ah;
3. Asuransi syari'ah;
4. Reasuransi syari'ah;
5. Reksa dana syari'ah;
6. Obligasi syari'ah dan surat berharga berjangka menengah syari'ah;
7. Sekuritas syari'ah;
8. Pembiayaan syari'ah;
9. Pegadaian syari'ah;
10. Dana Pensiun lembaga keuangan syari'ah; dan
11. Bisnis syari'ah;

Dengan adanya perluasan kewenangan Peradilan Agama tersebut, juga dimaksudkan untuk memberikan dasar hukum kepada Peradilan Agama dalam menyelesaikan perkara tertentu termasuk memperkuat landasan hukum *Mahkamah Syari'ah* dalam melaksanakan kewenangannya di bidang *jinayah* berdasarkan *qanun*. Adapun status Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan dan belum diganti berdasarkan. Pasal 106 A UU No. 3 tahun 2006 dinyatakan: "Pada saat undang-undang ini mulai berlaku peraturan perundang-undangan pelaksana Undang-undang No. 7 tahun 1989 Tentang Peradilan Agama masih tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan dan belum diganti berdasarkan undang-undang".

Pasal-pasal yang mengalami perubahan antara lain Pasal 2 sehingga dirumuskan sebagai berikut: "Peradilan Agama adalah salah satu pelaku kekuasaan kehakiman bagi rakyat pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara tertentu sebagai mana dimaksud dalam undang-undang ini". Perubahan terdapat kata-kata "perkara teretentu". Pada ndang-undang No. 7 tahun 1989 disebut dengan "perkara perdata tertentu". Penghapusan kata "perdata" di sini dimaksudkan agar tidak hanya perkara perdata saja yang menjadi kompetensi Pengadilan Agama. Perkara pidana yang berdasarkan *syari'at Islam* seperti yang berlaku di Provinsi Nangroe Aceh Darussalam dapat diadili di *Mahkamah Syari'ah* yang merupakan peradilan khusus dari Pengadilan Agama.[265] Perubahan yang lain dari undang-undang tersebut di atas adalah menghapus permasalahan pilihan hukum. Dalam Undang-undang Peradilan agama yang lalu dinyatakan dalam penjelasan umum bahwa: "para pihak sebelum berperkara dapat dipertimbangkan unutk memilih hukum apa yang digunakan dalam pembagian warisan". Dengan demikian landasan hukum positif penerapan hukum Islam menjadi lebih kokoh.

Inti dari pada hukum terletak pada asas-asasnya yang kemudian diformulasikan menjadi perangkat peraturan perundang-undangan. Begitu juga dengan Peradilan Agama, pada saat beracara terdapat asas-asas sebagaimana yang dapat disimpulkan dari Undang-undang No. 3 tahun 2006 Tentang Perubahan atas Undang-undang No. 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama, sebagai

---

[265] Abdul Ghafur Anshori, *Peradilan Agama di Indonesia Pasca Undag-undang No. 3 Tahun 2006 (sejarah, Kedudukan dan Wewenangnya)*, Cet. 1 (Yogyakarta: UII Press, 2007), hal. 51.

berikut:[266] (a) Asas personalitas keislaman, artinya pengadilan di lingkungan Badan Peradilan Agama, hanya untuk melayani penyelesaian perkara di bidang tertentu sebagai mana yang tertuang dalam Pasal 49 Undang-undang No. 3 tahun 2006 dengan indikator, yaitu: agama yang dianut oleh kedua belah pihak saat terjadinya sengketa hukum adalah beragama Islam, dan hubungan ikatan hukum yang mereka lakukan berdasarkan hukum Islam, (b) asas kebebasan, artinya tidak boleh pihak lain yang ikut campur tangan dalam penanganan suatu perkara oleh pengadilan. Pasal 4 ayat (3) undang-undang No. 4 Tahun 2004 dinyatakan: "Segala campur tangan dalam urusan peradilan oleh pihak lain di luar kekuasaan kehakiman dilarang, kecuali dalam hal-hal sebagaimana disebut dalam Undang-undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945, (c) Asas tidak boleh menolak perkara dengan alasan hukumnya tidak jelas atau tidak ada, artinya hakim sebagai organ pengadilan, yang dianggap memahami hukum, sehingga apabila hakim tidak menemukan hukum tertulis, maka ia wajib menggali hukum (ijtihad) yang tidak tertulis untuk memutuskan hukum atas perkara yang diajukan kepadanya. Hal yang demikian dinyatakan dalam Pasal 16 UU No. 4 tahun 2004, bahwa: "Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memuutus perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada dan kurang jelas melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya".

Adapun asas yang lain, yaitu: (d) Asas hakim wajib mendamaikan, artinya penyelesaian suatu perselisihan yang terbaik adalah dengan jalan damai. Setiap tahapan persidangan hakim wajib mendamaikan kedua belah pihak. Dalam

---

[266] *Ibid.*,hal. 61 – 65.

hukum Islam mementingkan penyelesaian perselisihan dengan cara perdamaian, sebelum dengan cara putusan pengadilan, karena putusan pengadilan dapat menimbulkan dendam yang mendalam, terutama pihak yang dikalahkan. (e) Asas sederhana, cepat dan biaya ringan, artinya hakim dalam menangani sengketa hukum yang diajukan kepadanya dituntut untuk berbuat optimal dan efisien, hal yang demikian dinyatakan dalam Pasal 4 ayat (2) UU No.4 Tahun 2006, bahwa "Peradilan dilakukan dengan sederhana, cepat dan biaya ringan, (f) Asas mengadili menurut hukum dan persamaan hak, artinya tidak membeda-bedakan orang, sama hak dan kewajubannya dalam hukum. Hal yang demikian dinyatakan dalam Pasal 5 ayat (1) UU No. 4 Tahun 2004, bahwa: "Pengadilan mengadili menurut hukum tidak membeda-bedakan orang".

Terdapat asas lain, yaitu (g) Asas persidangan terbuka untuk umum, artinya untuk menghindari terjadinya penyimpangan proses pemeriksaan, seperti sikap berat sebelah, hakim bertindak sewenang-wenang. Asas ini terdapat dalam Pasal 19 ayat (1) UU No. 4 Tahun 2004, yang menyatakan: " Sidang pemeriksaan pengadilan adalah terbuka untuk umum, kecuali undang-undang menentukan lain", (h) Asas aktif memberi bantuan, artinya pengadilan harus membantu secara aktif memberi bantuan kepada para pihak dan berusaha sungguh-sungguh mengatasi segala hambatan dan rintangan. Hal demikian dinyatakan dalam Pasal 5 ayat (2) UU No. 4 Tahun 2004 bahwa: "Pengadilan membantu pencari keadilan dan berusaha mengatasi segala hambatan dan rintangan untuk dapat mencapai peradilan yang sederhana, cepat dan biaya ringan", dan (i) Asas peradilan dilakukan dengan hakim majelis, artinya untuk menjamin pemeriksaan yang

seobyektif mungkin guna memberi perlindungan hak asasi manusia dalam bidang peradilan. Hal yang demikian dinyatakan dalam Pasal 17 ayat (1) bahwa: "Semua pengadilan memeriksa, mengadili dan memutus dengan sekurang-kurangnya 3 (tiga) orang hakim, kecuali undang-undang menentukan lain". Di antara tiga hakim tersebut satu bertindak sebagai ketua majelis hakim yang berwenang untuk memimpin jalannya sidang peradilan.

Secara singkat dapat dikemukakan bahwa kewenangan baru Peradilan Agama setelah adanya revisi Undang-undang No. 7 tahun 1989 menjadi UU No. 3 Tahun 2004 Tentang Peradilan Agama adalah sebagai berikut:[267] (a) jika muncul hak milik sengketa hak milik dan hak keperdataan lainnya pada perkara-perkara yang ditangani seperti kewarisan, wakaf, harta bersama dan lain-lain, sepanjang sengketa itu di kalangan orang Islam sendiri, sengketa itu tidak perlu ditunda karena menjadi wewenang Peradilan Agama, (b) Kewenangan Pasal 49 diperluas, yakni: zakat (sengketa zakat jika terjadi penyimpangan penggunaannya dan tidak didistribusikan sebagaimana mestinya, infaq (sengketa infaq jika institusi keagamaan yang dananya bersumber dari infaq, tetapi tidak digunakan sebagaimana mestinya berakibat timbulnya gugatan), ekonomi syari'ah (sengketa ekonomi syari'ah dapat terjadi karena penyimpangan dari akad yang dibuat kedua belah pihak yang berakibat merugikan salah satu pihak). Adapun sektor ekonomi syari'ah ini, mencakup lingkup yang luas, yaitu Bank Syari'ah, Lembaa keuangan Mikro Syari'ah, Asuransi Syari'ah, Reasuransi Syari'ah, Reksa dana Syari'ah, Sekuritas Syari'ah, Pembiayaan Syari'ah, Pegadaian Syari'ah, Pensiun Lembaga

[267] *Ibid.*, hal. 58-59.

Keuangan Syari'ah, dan bisnis syari'ah, (c) Pada bidang perkawinan terdapat kewenangan baru, yaitu soal "Penetapan Pengangkatan Anak" yang dinyatakan bahwa: "Penetapan asal-usul seorang anak dan penetapan pengangkatan anak berdasarkan hukum Islam"; (d) Kewenangan tidak lagi dibatasi perkara perdata. Sebab Pasal 2 berubah bunyinya menjadi: "Pengadilan Agama adalah salah satu pelaku kekuasaan kehakiman bagi rakyat pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara tertentu sebagaimana dimaksud dalam undang-undang ini".

3. 4 Peradilan Agama sebagai Peradilan Keluarga serta Perkembangan Studi Hukum Islam di Indonesia

Wewenang absolut Peradilan Agama Sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 49 Undang-undang No. 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan Atas Undang No.7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, menyangkut perkawinan, waris, wasiat, hibah, wakaf, zakat, infaq, shadaqah, dan ekonomi syari'ah. Hukum keluarga di atas berlaku di masyarakat Islam kontemporer, baik di negara-negara Islam maupun di negara-negara yang mayoritas penduduknya beragama Islam. Dalam hukum keluarga itulah terdapat jiwa wahyu Ilahi dan Sunnah Rasulullah, sedang pada hukum (*mu'amalat*) lain, pada umumnya jiwa itu telah hilang karena berbagai sebab, di antaranya karena penjajah barat.

Selama berabad-abad di bagian dunia yang di diami umat Islam di Afrika, Asia Barat (Timur Tengah), Asia Selatan dan Asia Tenggara pada waktu penjajahan barat itu tiba, mereka menguasai kehidupan umut Islam di segala bidang, telah mengakibatkan hukum Islam sebagi sistem hukum yang mempunyai

corak tersendiri telah diganti oleh hukum barat, dengan berbagai cara baik yang halus seperti *resepsi*, pilihan hukum, penundukan dengan sukarela, pernyataan berlaku hukum barat mengenai bidang-bidang hukum tertentu, maupun dengan kasar memperlakukan hukum pidana barat bagi umat Islam, kendatipun bertentangan dengan asas dan kaidah hukum Islam serat kesadaran hukum umat Islam. Dengan demikian menyebabkan hukum Islam sebagai salah satu sistem hukum di dunia ini "lenyap" di permukaan kecuali hukum keluarga.[268]

Peradilan Agama di Indonesia sudah dilakukan sejak masa Hindia Belanda, kemudia dengan kehadiran UU No. 7 tahun 1989 Jo. UU No. 3 Tahun 2006 Tentang Peradilan Agama, lahir struktur baru dalam Peradilan Agama di negeri ini, yang merombak praktek peradilan yang lama. Undang-undang No. 14 tahun 1970 Jo. UU No. 4 Tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman, dengan Undang-undang Peradilan Agama itu, maka terjadi semacam restrukturisasi pengadilan-pengadilan agama yang ada dan menyatukannya dalam satu struktur yang baru. Ada dua aspek di sini, yaitu: pertama, memodernisir Peradilan Agama, sehingga menjadi setara dengan suatu peradilan dalam sistem hukum modern. Kedua, menjadikan serta menempatkan Peradilan Agama setingkat dengan peradilan-peradilan lain, sebagai bagian dari keseluruhan struktur peradilan di negeri ini.

Yang menjadi set up dari Peradilan Agama itu, ialah modernesasi peradilan agama dalam rangka pemantapan struktur peradilan di Indonesia. Selain

---

[268] Mohammad Daud Ali, "Hukum Keluarga dalam Masyarakat Kontemporer," Makalah untuk Seminar Nasional: Pengadilan Agama sebagai Peradilan Keluarga dalam Masyarakat Modern, di Jakarta, Kerjasama Fakultas ukum Universitas Indonesia dengan Pusat Ikatan Hakim Peradilan Agama. Tahun 1993, hal. 1.

tugas utama Peradilan Agama adalah mengatur bekerjanya pengadilan, maka akan dijumpai ketentuan-ketentuan yang mengatur tentang wilayah kekuasaan yang bersifat prosedural, seperti memeriksa dan mengadili orang-orang yang beragama Islam, mendamaikan dan atau mengadili, dalam bidang-bidang perkara tertentu. Dengan melihat potensi yang ada pada Pengadilan Agama, maka dapat dikatakan bahwa secara substansial apabila dihubungkan dengan Undang-undang No. 1 tahun 1974 Tentang Peradilan Agama yang berkaitan dengan masalah bagaimana keluarga harus dibangun, apa tujuan, bagaimana kewajiban satu anggota keluarga terhadap yang lain. Dengan demikian yang bisa dilakukan oleh Pengadilan Agama sebagai peradilan Keluarga adalah dengan misi "menjaga keutuhan keluarga".

Lalu sejauh mana sebetulnya bisa dilihat tentang peranan Pengadilan Agama dalam menjaga keutuhan keluarga, maka dapat dilihat tentang keberhasilan pelaksanaan kaidah-kaidah dalam hukum substansial tersebut tidak akan terlepas pula dari masalah "penegakan dalam sengketa" seperti ketegasan yang ada pada Pengadilan Agama, pada saat pengadilan itu menunjukkan kekuasaannya untuk mementukan kapan saatnya suatu perceraian itu dapat dilakukan, umpamanya. Undang-undang Peradilan Agama dinyatakan bahwa: " Perceraian hanya dapat dilakukan di depan sidang pengadilan setelah pengadilan yang bersangkutan berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak". Ketentuan tersebut memberikan kekuasaan kontrol dari Pengadilan Agama terhadap kemungkinan dilakukannya perseraian. Pengadilan Agama diberi kekuasaan dan keluasaan untuk mengusahakan agar perceraian tidak terjadi dan perdamaian kembali antara suami dan istri misalnya.

Pengadilan pada Umumnya dan khususnya Pengadilan Agama bukan merupakan badan yang sepenuhnya otonom, melainkan senantiasa menjalankan pertukaran dengan lingkungannya yang lebih besar. Dalam Undang-undang Kekuasaan Kehakiman dinyatakan, bahwa: "Peradilan Negara menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasrkan Pancasila" (pertukaran pengadilan dengan Pancasila), dan "Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat" (pertukaran antara pengadilan dengan dinamika masyarakat). Berdasarkan pemaparan di atas, maka bisa dikatakan, bahwa pengadilan merupakan institusi yang dinamis. Dinamika itu bisa juga dibaca sebagai suatu institusi yang menata kembali masyarakat dan menginterpretasikan teks-teks undang-undang dalam konteks masyarakat serta perubahan-perubahannya.[269]

Demikianpun Pengadilan Agama, tidak hanya dapat dilihat sebagai suatu bangunan serta institusi hukum, tetapi dapat dilihat dan dipahami juga sebagai institusi sosial. Sebagai institusi sosial yang demikian itu, Peradilan Agama tidak bisa dilihat sebagai institusi yang berdiri dan bekerja secara otonom, melainkan senantiasa berada dalam proses pertukaran dengan lingkungannya. Dengan dekian pembicarakan Pengadilan agama sama sekali tidak dapat dilepaskan dari pembicaraan mengenai hubungan dan pertukaran antara pengadilan, peradilan, dengan proses-proses dalam bidang lain yang berlangsung dalam masyarakat. Pengadilan itu tercangkul ke dalam masyarakatnya. Pengadilan mempunyai struktur sosiologisnya sendiri. Struktur sosiologis dari Pengadilan Agama tersebut

---

[269] Satjipto Rahardjo, "Pengadilan Agama sebagai Pengadilan Keluarga," dalam *Mimbar Hukum No. 10 thn. IV 1993*, hal. 32.

membuka suatu cakrawala yang lebih luas, tidak bisa hanya dilihat suatu bangunan yuridis melainkan terkait dengan sekalian konponen sosiologis yang ada. Memperhatikan struktur sosiologis adalah menerima kenyataan, bahwa tidak ada pengadilan yang sama di dunia, sekalipun fungsi yang diembannya boleh dikatakan sama, yaitu memeriksa dan mengadili, tetapi karena seperti institusi lain dalam masyarakat, pengadilan itu adalah institusi yang berakar budaya dan berakar sosial.[270]

Kedudukan Pengadilan Agama disamping sebagai institusi hukum, juga sebagai institusi sosial. Kedudukan Pengadilan Agama sebagai institusi sosial adalah dinamis, karena adanya pertukaran antara pengadilan dengan dinamika msyarakat, yang menuntut kepada hakim untuk menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Hukum keluarga di masyarakat Islam kontemporer di negara-negara Islam dan di negara-negara yang mayoritas penduduknya Islam mengalami perkembangan.

Studi hukum Islam saat ini mengalami perkembangan, karena dampak perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi, terutama teknologi informasi dan komunikasi berlangsung dengan cepat. Perubahan masyarakat di suatu tempat, dengan cepat memjalar ke masyarakat di tempat lain pula. Peristiwa yang terjadi pada saat ini, merangsang timbulnya gerakan yang menuntut pembaharuan-pembaharuan kembali kepada al-qur'an serta Sunnah Nabi, dibukanya kembali pintu ijtihad, dan ditinggalkannya doktrin taqlid. Sementara itu kaum perempuan mendapatkkan pendidikan serta bekerja di luar rumah tangga, maka terjadi

---

[270] *Ibid.*, hal. 34.

perubahan kedudukan mereka di bidang sosial, budaya, politik, ekonomi dan lain-lain. Faktor ini merangsang tuntutan masyarakat untuk adanya perubahan hukum, termasuk hukum keluarga Islam yang berlaku.

Pada pertengahan abad ke-20 masyarakat Islam mulai bangun kembali dan mulai memcoba mempelajari secara ilmiah dasar-dasar hukum Islam bagi masyarakat modern.Sementara itu pandangan-pandangan hukum *ulama'* (*faqih*) yang terdapat dalam kitab-kitab fikih mlai terbuka untuk dikaji, karena kitab-kitab tersebut merupakan hasil pemikiran ulama yang sangat kondisional pasa masanya dan berbeda pada masa dan kondisi sekarang. Maka negara-negara Islam di Timur Tengah dan Timur Jauh, mulai memperbaharui hukum kelurga Islam termasuk hukum kewarisan Islam melalui undang-undang dan yurisprudensi, seiring dengan perubahan kedudukan perempuan dalam masyarakat. Metoda untuk memeperbaharui hukum keluarga Islam tersebut antara lain:[271](1) *Takhshish*, memberikan kewenangan hakim untuk mengembangkan hukum yang tidak diatur secara legalitas, (2) *Takhayyur*, memilih di antara pendapat-pendapat dalam satu *mazhab* yang dominan, atau di antara *mazhab* empat, bahkan di luar *mazhab sunni*, (3) Menafsir kembali ayat-ayat al-Qur'an dan Hadits, (4) *Siyasah syar'yyah*, menetapkan hukum berdasarkan pertimbangan *maslahat* atau *manfaat*, dan (5) Putusan Hakim.

Masyarakat Timur Tengah dan sekitarnya merupakan masyarakat berdasarkan kekeluargaan *patreleneal* dan beraliran *sunni*. Maka hukum kewarisan yang berlaku di masyarakat, hukum kewarisan yang bersifat *unilateral*

[271] Taufiq, "Kedudukan Perempuan dalam Kewarisan Islam," Seminar Nasional oleh Pusat Pengembangan Hukum Islam dan Masyarakat Madani, Bekerjasama dengan Majalah Mimbar Hukum dan Peradilan, Jakarta, 19 Pebruari 2010, hal. 7.

patreleneal. Perempuan yang tidak termasuk *dzawul furudl* tidak mendapatkan bagian harta warisan. Cucu perempuan dari anak perempuan serta keturunan mereka tidak berhak mendapatkan harta warisan. Maka masyarakat ilam di kawasan tersebut, menuntut pembaharuan hukum kewarisan yang berlaku tersebut. Oleh karena itu negara-negara Islam di kawasan tersebut melakukan pembaharuan hukum kewarisan tersebut dengan metoda pembaharuan hukum Islam di atas. Negara-negara tersebut antara lain:[272]

1. Menurut Undang-undang Mesir No. 77 Tahun 1943, dinyatakan: cucu dari anak perempuan yang meninggal lebih dulu dari pewaris *terhijab* oleh saudara ibunya, karena aliran *sunni* yang menjadi mazhab mayoritas penduduk Mesir, tidak mengakui doktrin representasi atau ahli waris pengganti. Perkembangan selanjutnya, hukum kewarisan Mesir menjamin cucu tersebut mendapatkan bagian warisan melalui ketentuan dalam Undang-undang Wasiat No. 71 tahun 1948 (sesuai dengan artikel 76 sampai dengan 79). Menurut ketentuan Undang-undang tersebut seorang pewaris diwajibkan meninggalkan wasiat bagi cucu-cucunya, melalui anak-anaknya yang meninggal lebih dahulu yang jumlahnya tidak lebih dari sepertiga dari harta peninggalannya bagi cucu-cucunya. Apabila pewaris tidak meninggalkan wasiat tersebut, maka hakim menganggap wasiat tersebut telah dilakukannya dan membagikannya kepada cucu-cucu tersebut. Fiksi hukum ini dikenal dengan sebutan wasiat wajibah.
2. Undang-undang Tunisia Tahun 1953, mengadopsi fiksi wasiat wajibah dari Undang-undang Wasiat Mesir tersebut di atas.

272272 [272] *Ibid.*, hal. 7-8.

3. Maroko pada tahun 1958 juga menetapkan doktrin fiksi wasiat wajibah Undang-undang Kewarisan Mesir tersebut dalam kodifikasi hukum keluarganya. Kemudian doktrin ini juga diikuti kodifikasi Hukum Keluarga Siria.
4. Pakistan terakhir menerapkan doktrin reprentasi atau wasiat pengaganti dalam hukum kewarisannya.

Dengan demikian dapat dikatakan, peraturan perundang-undangan tentang kewarisan Islam di negara-negara kawasan Timur Tengah, telah memperbaharui kedudukan perempuan dalam hukum kewarisan tersebut, antara lain dengan memberikan warisan kepada cucu dari anak perempuan yang meninggal lebih dahulu, melalui doktrin fiksi wasiat wajibah atau ahli waris pengganti. Di masyarakat Indonesia juga terjadi perubahan, termasuk perubahan kedudukan perempuan di bidang politik ekonomi, sosial dan hukum, maka terjadilah gelombang tuntutan pembaharuan kedudukan perempuan dalam hukum perkawinan Islam yang berasal dari ajaran mazhab Syafi'i yang tidak sejalan dengan perubahan kedudukan perempuan. Undang-undang No. 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan, memperbaharui hukum perkawinan tersebut dengan menggunakan metode-metode pembaharuan hukum perkawinan oleh negara-negara Islam sebagaimana tersebut di atas. Sebagai contoh pembaharuan dalam UU. No. 1 Tahun 1974 dibanding fikih Syafi'i, yaitu talak dapat diajukan oleh istri yang disebut gugatan cerai, jatuhnya perceraian atas putusan pengadilan dan sebagainya.

Pengembangan studi hukum Islam kontemporer suatu keniscayaan, karena adanya perubahan waktu dan tempat atas dinamika kehidupan manusia di dunia ini disamping adanya sistem sosial yang berbeda-beda antara masyarakat satu dengan masyarakat lainnya. Sebagai contoh, mayarakat Arab pra Islam menganut sistem berdasarkan kekeluargaan *unilateral parental* murni. Masyarakat tersebut terditi atas suku-suku yang anggotanya terdiri dari orang-orang yang menarik garis keturunannya ke atas hanya melalui penghubung laki-laki saja sampai pada seorang laki-laki sebagai leluhur mereka dan mereka sebut *'ashabah*. Dulu bahwa masyarakat Islam di negara-negara Timur tengah, Mesir, Tunisia, Maroko, Yordania, Suria, Saudi Arabia, Uni Emiran Arab, dan Irak menganut sistem masyarakat berdasarkan kekeluargaan *unilateral patreleneal*. Demikian halnya dengan masyarakat Islam Pakistan, India juga menganut sistem masyarakat berdasarkan kekeluaraan *unilateral patereleneal* tersebut. Sementara itu masyarakat Islam di Negara Republik Iran menganut sistem masyarakat berdasarkan kekeluargaan *bilateral*.

Dari konsekuensi sistem masyarakat yang menganut sistem kekeluargaan *unilateral* patreleneal tersebut, maka mereka tidak memasukkan orang-orang perempuan tidak sebagai ahli waris, bahkan anak-anak kecil baik laki-laki maupun perempuan tidak dimasukkan sebagai ahli waris sebab mereka lemah tidak dapat melindungi suku. Syari'at Islam merubah hukum kewarisan adat Arab tersebut secara bertahap, sebagai berikut:[273]

[273] *Ibid.*, hal. 3-4.

1. Membiarkan hukum kewarisan adat Arab tetap berlaku bagi orang-orang yang telah memeluk Islam;
2. Menetapkan kewarisan berdasarkan hijrah;
3. Menghapus kewarisan berdasarkan pengangkatan anak, tetapi membiarkan tetap berlakunya kewarisan berdasarkan perjanjian;
4. Memerintahkan kepada mereka agar berwasiat untuk menentukan bagian kedua orang tua dan sanak keluarga mereka, dari harta peninggalan mereka (*al-Baqarah*: 180-182);
5. Menghapus kewarisan berdasarkan pengangkatan anak (*al-Ahzab:5*);
6. Menghapuskan kewarisan berdasarkan hijrah dan perjanjian dan menetapkan kewarisan berdasarkan hubungan darah;
7. Menetapkan bahwa kewarisan berdasarkan hubungan kekerabatan, baik menurut garis laki-laki maupun perempuan; dan
8. Menetapkan bahwa kewarisan dilakukan berdasarkan ketentuan-ketentuan Allah dan berdasarkan kehendak pewaris dalam wasiatnya.

Sementara di Indonesia memperbaharui hukum keluarga Islam melalui Undang-undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, dengan menggunakan metode-metode pembaharuan hukum perkawinan oleh negara-negara Islam sebagaimana dijelaskan tersebut di atas. Sementara itu hukum kewarisan di Indonesia yang semula mengikuti mazhab Syafi'i yang bersifat *unilateral patreleneal* tidak berlaku secara efektif, karena bertentangan dengan hukum adat yang berlaku bagi masyarakat Islam Indonesia. Sebagian masyarakat Indonesia berdasarkan kekeluargaan *matereleneal* dan sebagian yang lain berdasarkan

kekeluargaan *bilateral*. Maka untuk mengefektifkan berlakunya hukum kewarisan Islam yang dicita-citakan menjadi kewenangan Peradilan Agama, perlu adanya pembaharuan hukum kewarisan Islam indonesia.[274]

Studi dalam mengkaji hukum keluarga Islam khususnya hukum kewarisan di Indonesia mengalami perkembangan yang terlegalitas dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI). Hal yang demikian dapat dibandingkan dengan fikih konvensional bermazhab Syafi'i yang banyak dikaji di pondok pesantern di Indonesia. Pembaharuan itu dapat diketahui, seperti kedudukan anak angkat yang dinyatakan bahwa: anak angkat bukan ahli waris, tetapi mendapat bagian dari harta peninggalan dengan menggunakan doktrin fiksi hukum wasiat wajibah yang besar bagiannya tidak boleh lebih dari sepertiga. Merupakan pembaharuan juga, bahwa semua kerabat pewaris baik melalui garis laki-laki maupun garis perempuan merupakan ahli waris pewarisnya, sesuai dengan ketentuan *Surat an-Nisa' (59) ayat 7*, maka cucu dari anak perempuan atau anak laki-laki yang ibunya atau bapaknya meninggal lebih dahulu daripada neneknya mendapatkan bagian warisan dari neneknya, meskipun saudara ibunya atau saudara bapaknya masih hidup.

Demikian pula hukum perkawinan di indonesia dalam Undang-undang No. 1 tahun 1974, terdapat pembaharuan dibanding dengan fikih konvensional mazhab Syafi'i, seperti usia pernnikahan. Sebagai contoh dalam fikih konvensional atau dalam kitab-kitab hukum keluarga lama disebutkan bahwa pria dapat melangsungkan pernikahannya kalau telah "mimpi" dan wanita jika telah

---

[274] *Ibid.*, hal. 9.

"*menstruasi*". Mimpi dan menstruasi adalah tanda baik pria maupun wanita itu telah "dewasa" atau akil balig. Bila mimpi dan menstruasi datang tergantung pada kondisi (alam) dan situasi di suatu tempat dan masyarakat tertentu. Pada umumnya pada usia tiga belas dan atau empat belas tahun. Kini, hukum keluarga dalam masyarakat Islam kontemporer menentukan dalam batas umur untuk dapat melangsungkan perkawinan menurut kondisi negara masing-masing. Yaman Selatan, misalnya menentukan lima belas tahun untuk pria dan lima belas tahun bagi wanita. Irak menentukan delapan belas tahun untuk pria dan delapan belas tahun untuk wanita dan seterusnya bervariasi menurut kondisi negara masing-masing. Penetapan batas minimum umur untuk dapat melangsungkan perkawinan ini hanya akan efektif kalau pencatatan kelahiran secara tertib sudah dilaksanakan. Di Irak, sanksi yang dikenakan terhadap mereka yang melanggar batas umur minimum ini cukup berat, yakni pembatalan perkawinan itu sendiri, dan pelakunya dikenakan hukuman penjara.[275]

Pembaharuan hukum keluarga Islam kontemporer yang lain, yaitu pencatatan perkawinan. Hukum keluarga baru yang berlaku di negara-negara muslim tersebut semua mewajibkan pencatatan perkawinan menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku di negara masing-masing. Pencatatan ini, kendatipun bukan merupakan rukun nikah, tetapi dianggap sangat penting untuk membuktikan pernikahan yang sah yang dilakukan oleh seseorang. Selain perkawinan itu sendiri yang harus dicatat, maka dokumen akte nikah itu harus

---

[275] Mohammad Daud Ali, Hukum Keluarga dalam Masyarakat Islam Kontemporer, *op.cit.*, hal. 5.

disimpan, didokumentasikan untuk kepentingan pembuktian apabila terjadi masalah kemudian hari.

Perkawinan antara orang yang berbeda agama, yakni perkawinan antara laki-laki muslim dengan wanita *kitabiyah*, tetapi tidak sebaliknnya, diakui oleh hukum keluarga Yordania, Irak, Yaman Selatan dan Malaysia. Perkawinan mereka itu harus dilangsungkan menurut *syai'at* Islam. Peraturan perundang-undangan Aljazair, Libanon, dan Syiria menentukan dengan tegas bahwa perkawinan mereka itu harus dilangsungkan menurut *syari'at* Islam. Peraturan perundang-undangan Aljazair, Libanon dan Syiria menentukan dengan tegas bahwa perkawinan antara seorang wanita muslimah dengan pria non muslim, tidak sah. Di Indonesia, untuk kemaslahatan umut Islam dan pembangunan keluarga atau rumah tangga *sakinah*, perkawinan antara orang-orang berbeda agama (pria dan atau wanita muslimah dengan wanita dan atau pria non muslim) tidak dibenarkan oleh Kompilasi Hukum Islam (KHI) sejak tahun 1991 berlaku untuk umat Islam di tanah air ini.[276]

Sebagai contoh pembaharuan hukum keluarga Islam kontemporer di atas, baik yang menyangkut hukum kewarisan maupun hukum perkawinan, kedua sub sistem hukum yang merupakan bagian dari hukum Islam yang bersifat komprehensif. Orang yang ingin menjadi ahli hukum Islam tidak mungkin mengabaikan hukum keluarga dan hukum kewarisan Islam, yang boleh dikatakan sebagai *"central core"* dalam hukum Islam itu. Kedua macam sub sistem hukum

---

[276] *Ibid.*, hal. 10.

Islam itu secara langsung mengatur hak-hak individu agar terwujud suatu kehidupan yang mapan (stabil), sejahtera dan mapan.[277]

Meskipun usianya sudah lebih dari empat belas tahun, namun baik hukum keluarga Islam maupun hukum kewarisan Islam tetap dinamis, dalam makna pengembangan pemikiran melalui ijtihad terhadap berbagai macam permasalahan atau kasus dalam kedua macam sub sistem hukum Islam itu selalu dapat dilakukan. Misalnya dalam hukum keluarga yang ada dalam Undang-undang No. 1 Tahun 1974, mengakui eksistensi harta bersama dalam perkawinan, yang tidak diatur baik dalam al-Qur'an maupun melalui Sunnah.

Secara umum keluarga dalam masyarakat modern Indonesia cenderung menerapkan model "keluarga inti", yaitu berupa bapak, ibu dan beberapa orang anak, tanpa sanak saudara. Keluarga inti ini menjadi bentuk susunan keluarga yang standar dan diterima secara sosial. Dengan kata lain, keluarga inti merupakan model yang modern dalam masyarakat industri. Masyarakat modern Indonesia terutama di kota-kota telah pula mengenal bahkan menerapkan model keluarga inti, kecuali di pedesaan boleh dikatakan sebagian besar masih menganut model keluarga non inti. Keadaan seperti itu terjadi di manapun, di negara-negara yang sedang membangun termasuk Indonesia, yang kini berada dalam periode peralihan dari masyarakat agraris ke masyarakat industri.

Pembaharuan hukum keluarga Islam di Indonesia tidak dapat dilepaskan dari politik hukum nasional yang akan menjadi kompas pembentukan sistem hukum nasional, dimana hukum keluarga Islam terletak di dalamnya. Politik

[277] Tahir Azhary, "Hukum Keluarga dan Kewarisan Islam dalam Masyarakat Modern Indonesia," Makalah untuk Seminar Nasional: Pengadilan Agama sebagai Pengadilan Keluarga dalam Masyarakat Modern, 31 Juli 1993, hal. 29.

hukum merupakan sebuah alat analisis andal. Apabila lebih jauh dikaitkan dengan eksistensi hukum Islam, memahami politik hukum merupakan alat penting dan efektif bagi perjuangan bagi perjuangan peneguhan eksistensi *syari'at* Islam di tanah air dalam bentuk apapun, baik formalistik maupun transformatif.[278]

Seiring dengan hadirnya era reformasi, GBHN tidak dikenal lagi. Sebagi gantinya untuk mengetahui politiik hukum nasional dari perspektif formal, dapat dilihat dalam Undang-undang Nomor 17 Tahun 2007 Tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Tahun 2005-2025, yang oleh Undang-undang tersebut diringkas RPJP Nasional. Dalam Lampiran Undang-undang ini, politik hukum nasional tergambar pada sasaran pokok pembangunan nasional yang berbunyi: " Terciptanya supremesi hukum dan penegakan hak-hak asasi manusia yang bersumber Pancasila dan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 serta tertatanya sistem hukum nasional yang mencerminkan kebenaran, keadilan, akomodatif dan aspiratif. Terciptanya penegakan hukum tanpa memandang kedudukan, pangkat, dan jabatan seseorang demi supremesi hukum dan terciptanya penghormatan pada hak-hak asasi manusia".

Selain pada sasaran pokok di atas, politik hukum nasional digambarkan lebih detail dalam " Arah Pembangunan Jangka Panjang Tahun 2005 – 2025" yang diringkas terdiri dari:

1. Pembangunan materi hukum diarahkan untuk melanjutkan pembaharuan produk hukum untuk menggantikan produk perundang-undangan warisan

[278] Mukhtar Zamzami, " Pembaharuan Hukum Keluarga dalam Perspektif Politik Hukum Islam di Indonesia," dalam *Mimbar Hukum dan Peradilan No. 68 Pebruari 2009,* hal. 105.

kolonial yang mencerminkan nilai-nilai sosial dan kepentingan masyarakat Indonesia.

2. Pembangunan struktur hukum diarahkan untuk memantapkan dan mengefektifkan berbagai organesasi dan lembaga hukum, profesi hukum, dan badan peradilan sehingga aparatur hukum mampu melaksanakan tugas dan kewajibannya secara profesional.
3. Penerapan dan penegakan hukum dan hak asasi manusia (HAM) dilaksanakan secara tegas, lugas, profesional, dan tidak diskreminatif dengan tetap berdasarkan pada penghormatan terhadap hak asasi manusia (HAM), keadilan dan kebenaran.
4. Peningkatan perwujudan masyarakat yang mempunyai kesadaran hukum yang tinggi, dan
5. Pembangunan hukum dilaksanakan melalui pembaharuan hukum dengan tetap memperhatikan kemajmukan tatanan hukum yang berlaku dan pengaruh globalisasi.

Dalam lampiran Undang-undang No. 17 tahun 2007, khusus mengenai pembangunan materi hukum dirinci, akan terlihat arah dan warna peraturan perundang-undangan yang diinginkan oleh politik hukum nasional, yaitu:

1. Melanjutkan pembaharuan produk hukum untuk menggantikan peraturan perundang-undangan warisan kolonial dalam menuju sistem hukum nasional;
2. Mencerminkan penegakan hak asasi manusia dan kesetaraan gender;
3. Mencerminkan nilai-nilai sosial dan kepentingan masyarakat Indonesia;

4. Memperhhatikan kemajmukan tatanan hukum yang berlaku dan pengaruh globalisasi;
5. Mampu mendorong tumbuhnya kreativitas dan melibatkan masyarakat;
6. Mampu mengisi kekurangan / kekosongan hukum;
7. Melalui proses terpadu dan demokratis, dan
8. Dapat diaplikasikan secara efektif

Ketentuan dalam lampiran UU No. 17 Tahun 2007 ini sejalan dengan asas-asas dari materi muatan peraturan perundang-undangan yang diatur oleh Undang-undang No. 10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, terdiri dari:

1. Asas Pengayoman;
2. Asas Kemanusiaan;
3. Asas Kebangsaan;
4. Asas Kekeluargaan;
5. Asas Kenusantaraan;
6. Asas Bhineka Tunggal Ika;
7. Asas Keadilan;
8. Asas Kesamaan dalam Hukum dan Pemerintahan;
9. Asas Ketertiban dan Kepastian Hukum; dan
10. Asas Keseimbangan, Keserasian, dan Keselarasan.

Dalam kerangka politik hukum nasional, posisi hukum Islam di Indonesia digambarka implisit dalam arah pembangunan jangka panjang sebagai salah satu tatanan hukum yang sudah berlaku dan harus diperhatikan dalam upaya

pembaharuan hukum. Ada dua indikator yang menunjukkan bahwa hukum Islam termasuk sebagai tatanan hukum yang sudah berlaku, yaitu:[279] Pertama, dalam kaidah kongkret dalam peraturan perundang-undangan telah diperlakukan hukum Islam secara yuridis formal, seperti UU No. 7 Tahun 1989 Jo. UU No. 3 Tahun 2006 Tentang Peradilan Agama, Inpres No. 1 tahun 1991 Tentang Kompilasi Hukum Islam, UU No. 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf, UU No. 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syari'ah dan sebagainya. Kedua, secara transformasi hukum Islam telah menjadi bahan baku dari banyak peraturan perundang-undangan, di antaranya Undang-undang No. 5 tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria, Undang-undang No. 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan, Undang-undang No. 20 tahun 2003 Tentang Sistem Pendidikan Nasional, dan Undang-undang No. 44 ahun 2008 Tentang Pornografi.

Melihat dua indikator tersebut di atas, bahwa hukum Islam di Indonesia dapat berlaku baik secara formalistis maupun transformatif. Hukum Islam yang berlaku secara formalistik adalah hukum Islam yang menyangkut *ibadah mahdhah*, yaitu ibadah yang mengandung hubungan dengan Allah SWT secara vertikal, sedangkan dalam bidang mu'amalah lainnya keberlakuan secara transformatif tampak lebih rasional. Dalam perkembangan lebih lanjut ternyata bentuk keberlakuan hukum Islam dalam bentuk formalistis mengalami perkembangan. Pada prinsip inilah pula politik hukum Islam Indonesia berada. Ada beberapa argumentasi mengapa prinsip ini yang dipilih, karena: [280] Pertama, pokok studi politik hukum Indonesia tidak lepas dari pokok bahasan *siyasah*

---

[279] *Ibid.*, hal. 111.
[280] *Ibid.*, hal. 112-123.

syar'iyah, yang mengandung unsur-unsur (a) merupakan kebijakan, hukum atau aturan, (b) dibuat oleh penguasa, (c) diwujudkan untuk kemaslahatan bersama, dan (d) tidak bertentangan dengan prinsip umum *syari'at Islam*. Kedua, usaha transformasi hukum Islam ke dalam hukum nasional juga dilakukan oleh negara-negara yang penduduknya mayoritas beragama Islam di Timur Tengan dengan metode *Takhshish al qadla* (memberikan kewenangan kepada pengadilan untuk mengembangkan hukum Islam), *takhayyur* atau *talfiq* (memilih ajaran fikih selain dari mazhab mayoritas masyarakat), reinterpretasi (penafsiran kembali, dan *siyasah syar'iyah*. Ketiga. dalam UUD 1945 dinyatakan behwa Indonesia adalah negara kesatuan, maka politik hukum negara sebagaimana tercantum dalam UU No. 17 tahun 2007, menginginkan adanya sebuah sistem hukum nasional yang mencerminkan penegakan hak-hak asasi manusia, kesetaraan *gender*, nilai-nilai sosial dan kepentingan masyarakat Indonesia, memperhatikan kemajmukan tatanan hukum yang berlaku. Kriteria ini diperkuat lagi dengan 10 (sepuluh) asas peraturan perundang-undangan sebagaimana tercantum dalam UU No. 10 Tahun 2004, di antaranya asas kenusantaraan, asas bhineka tunggal ika, dan asas ketertiban dan kepastian hukum. Keberlakuan formalistis dan transformatif diperlukan untuk menyesuaikan rumusan hukum Islam yang akan dilegislasikan dengan prinsip-prinsip politik hukum nasional di atas. Keempat, rumusan-rumusan hukum Islam dalam bidang mu'amalah banyak dikembangkan melalui pemahaman (fikih), maka menjadi lapangan *istinbath* menjadi lebih luas. Karena metode *istinbath* juga beragam macamnya, maka rumusan hukum yang dihasilkan

juga beragam bentuknya. Dalam kondisi seperti ini maka bentuk formalistis dan bentuk transformatif tidak lepas dari kerangka metode *istinbath* yang ada.

Termasuk perkembangan studi hukum Islam di Indonesia adalah bidang ekonomi syari'ah. Apalagi bidang ini menjadi perluasan kewenangan absolud Peradilan Agama Pasca UU No. 3 Tahun 2006. Pada kenyataan selama ini, Pengadilan Agama hanya berwenang menangani masalah-masalah hukum keluarga, sehingga ketika padanya diberikan kewenangan baru untuk menerima, memeriksa, dan memutus sengketa-sengkrta di bidang ekonomi syari'ah, perlu dilakukan persiapan sumberdaya yang memadai serta sarana pendukung yang lain.

Pelaksanaan peran Pengadilan Agama dalam menangani sengketa ekonomi syariah yang diajukan kepadanya perlu kesiapan, aspek penguasaan materi (substansi) hukumnya (petaturan perundang-undangan yang ada), aspek sumber daya manusia (meningkatkan pengetahuan dan ketrampilan), dan aspek sarana dan prasarana.

Pada penjelasan sub bab ini dapat disimpulkan bahwa, hukum keluarga dalam masyarakat Islam kontemporer yang telah dikodifikasikan selama abad ini merupakan pembaharuan atau pengembangan hukum keluarga muslim tradisional yang terdapat dalam kitab-kitab fikih berbagai mazhab. Dalam melakukan kodifikasi yakni penyusunan secara sitematis kaidah-kaidah hukum sejenis di dalam peraturan atau kitab undang-undang diperlukan metode *takhayyur* yakni memilih pendapat-pendapat ahli hukum (*fukaha*) yang berbeda dengan berpegang teguh pada *syari'at* Islam yang menjadi pegangannya dan *talfiq* artinya

B A B IV

KOMPILASI HUKUM ISLAM DAN IJTIHAD HAKIM PERADILAN AGAMA SERTA HUKUM KEWARISAN DALAM ISLAM

Kata kunci penelitian dalam disertasi ini adalah ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan kontribusinya terhadap hukum nasional dengan tema umumnya yaitu: 'Transformasi Hukum Islam ke dalam hukum Nasional'. Dari tema di atas perlu diangkat kajian pustaka yang menyangkut variabel-variabel Kompilasi Hukum Islam (KHI), Ijtihad Hakim Peradilan Agama, serta Hukum Kewarisan dalam Islam sebagai berikut.

4.1 Kompilasi Hukum Islam (KHI) di Indonesia

4.1.1 Tranformasi Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam Sistem Hukum Nasional

Kehadian Kompilasi Hukum Islam (KHI) melalui Inpres No. 1 tahun 1991 dalam sistem hukum nasional tidak dapat dilepaskan dari keadaan isi tata hukum nasional (sistem hukum nasional), yaitu:[281](1) hukum produk legislasi kolonial, (2) hukum adat, (3) hukum Islam, dan (4) hukum produk legislasi nasional. Keempat kelompok hukum di atas adalah terjemahan dari aspirasi normatif dan kebutuhan hukum yang akhirnya terformulasi secara fenomenologis dengan istilah hukum positif. Oleh karena itu hukum dalam angka (1) dan (4) di atas dapat dikategorikan menjadi produk *"man made law"* di mana manusia dipandang

[281] Abdul Gani Abdullah, "Kehadiran Kompilasi Hukum Islam dalam Hukum Indonesia: Sebuah Pendekatan Teoritis," dalam *Mimbar Hukum No. 7 thn. III 1992*, hal. 1.

kapabel untuk membuat hukum memenuhi kebutuhan normatifnya. Jika hukum berusaha mengangkat kebutuhan normatif masyarakat ke dalam sistem formal, maka dapat berarti teori hukum memberi peluang terambilnya kebutuhan yang sama dari ajaran agama Islam, karena ia bukan saja memiliki teoritis tetapi juga lebih dari sebuah sejarah hukum, yang dalam Negara Republik Indonesia berdasarkan Pancasila ditemukan bukti bahwa teori hukum telah membenarkan peracikan suatu substansi hukum dengan ragam bahan baku dalam pembentukan hukum nasional.

Pada tanggal 29 desember 1989 pemerintah mengundangkan berlakunya Undang-undang No. 7 Tahun 1989 (LN 1989 No. 49) tentang Peradilan Agama Jo. Undang-undang No. 3 tahun 2006. Undang-undang di atas adalah mengatur tentang hukum formal yang dipakai di lingkungan Peradilan Agama. Hukum formal secara teori adalah untuk "mengabdi" kepada hukum materiil.[282] Akan tetapi sebagaimana diketahui sampai saat itu, hukum materiil mana yang akan dipergunakan bagi Peradilan Agama belum ada kepastian hukumnya karena hukum yang dipakai di Peradilan Agama sebagai rujukan para hakim agama adalah kitab-kitab fikih yang puluhan jumlahnya dan ditulis para ahli hukum Islam ratusan tahun yang lalu bukan di Indonesia. Akibatnya, dapat terjadi dua kasus yang serupa ditangani dua hakim yang berbeda yang mempergunakan kitab rujukan yang tidak sama, mendapatkan putusan yang sangat berlainan. Juga tidak

---

[282] Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia,* Cet. 2 (Jakarta: CV. Akademika Pressindo, 1995), hal. 49.

jarang bahwa putusan-putusan tersebut tidak mencerminkan semangat keadilan yang sesuai dengan tata nilai masyarakat Indonesia.[283]

Untuk memperoleh gambaran yang lebih jelas tentang Kompilasi Hukum Islam, secara berurutan sedapat mungkin akan dijelaskan hal-hal yang menyangkut pengertian, latar belakang penyusunan, proses penyusunan, landasan dan kedudukan, serta isi Kompilasi Hukum Islam itu berikut ini.

Pengertian "Kompilasi" apabila ditinjau bahasa dari perkataan *"compiler"* (diambil dari perkataan latin) yang mempunyai arti pengumpulan bersama sama-sama, sepeeti msalnya mengumpulkan peraturan yang tersebar di mana-mana. Istilah ini kemudian dikembangkan menjadi *"compilation"* dalam bahasa Inggris atau *"compilatie"* dalam bahasa Belanda.[284]

Kompilasi Hukum Islam yang ditetapkan pada tahun 1991 itu tidak secara tegas menyebutkan bagaimana pengertian kompilasi ukum Islam itu. Akan tetapi, dilihat dari rencara kegiatan yang bersangkutan yaitu untuk menghimpun bahan-bahan hukum yang diperlukan sebagai pedoman dalam bidang hukum mareriil bagi para hakim di lingkungan Peradilan Agama. Bahan-bahan dimaksud diangkat dari berbagai kitab yang bisa dipergunakan sebagai sumber pengambilan dalam penetapan hukum yang dilakukan oleh para hakim Pengadilan Agama dan bahan-bahan lainnya yang berhubungan dengan itu.

Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa yang diartikan dengan Kompilasi dalam pengertian Kompilasi Hukum Islam ini adalah merupakan rangkuman dari

---

[283] Munawir Sjadali, "Makna Undang-undang No. 7 tahun 1989 dan Kompilasi Hukum Islam Bagi Pembangunan Hukum Islam di Indonesia," dalam *Mimbar Hukum No. 17 Thn. V 1994,* hal. 9.

[284] Abdurrahman, *op. cit.,* hal. 10.

berbagai pendapat hukum yang diambil dari berbagai kitab yang ditulis oleh *ulama fikih* yang bisa dipergunakan sebagai referensi pada Pengadilan Agama untuk diolah dan dikembangkan serta dihimpun ke dalam suatu himpunan. Himpunan itulah yang disebut *kompilasi*.[285] Materi atau bahan-bahan hukum dimaksud telah diolah melalui proses dan metode tertentu, kemudian dirumuskan dalam bentuk yang serupa dengan peraturan perundang-undangan. Bahan ini kemudian ditetapkan berlakunya melalui Keputusan Presiden yang untuk selanjutnya dapat digunakan oleh hakim Pengadilan Agama dalam memeriksa, mengadili dan memutuskan suatu perkara yang diajukan kepadanya sebagai pedoman.

Latar belakang penyusunan Kompilasi Hukum Islam dapat dijelaskan seperti di bawah ini. Kebutuhan adanya kompilasi Hukum Islam di Indonesia sebagai upaya memperoleh kesatuan hukum dalam memeriksa dan memutus perkara oleh para hakim di lingkungan Peradilan Agama sudah lama dirasakan, terbukti Departemen Agama pada waktu itu mengeluarkan Surat Edaran No. B/1/735 tanggal 18 Pebruari 1958 yang menganjurkan penggunaan 13 (tiga belas) macam kitab fikih sebagai pedoman.[286] Bahkan sejak adanya Peradilan Agama di Indonesia, keperluan adanya Kompillasi Hukum Islam sudah dirasakan.

Berdasarkan kenyataan tersebut, sejarah penyusunan Kompilasi Hukum Islam di Indonesia sebagai usaha ke arah terciptanya kesatuan hukum dalam bentuk tertulis terus dilakukan, bahkan berkembang terus sejalan dengan

---

[285] *Ibid.*, hal. 14.

[286] Zarkowi Soejoeti, " Sejarah Penyusunan Kompilasi Hukum Islam di Indonesia," dalam Moh. Mahfud dkk. (ed), *Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*, Cet. 1 (Yogyakarta: UII Press, 1993), hal. 45.

perkembangan Badan Peradilan Agama itu sendiri. Dengan diundangkannya Undang-undang No. 7 tahun 1989, diperlukan adanya Kompilasi Hukum Islam dipenuhi dengan dikeluarkannya Instruksi Presiden Tahun 1991, yang kemudian ditindak lanjuti dengan Keputusan Menteri Agama No. 154 tahun 1991 tentang Pelaksanaan Inspres No. 1 tahun 1991 mengenai Penyebarluasan Kompilasi Hukum Islam.

Dalam penyusunan Kompilasi Hukum itu melalui proses yang panjang, dan terakhir pada tahun 1985, yaitu terbentuknya kerjasana antara Ketua Mahkamah Agung dengan Departemen Agama yang membuat Surat Keputusan Bersama tanggal 21 Maret 1985 No. 07/KMA/1985 dan No. 25 tahun 1985 tentang Penunjukan Pelaksanaan Proyek Pembangunan Hukum Islam melalui *yurisprudensi* atau yang lebih terkenan sebagai proyek Kompilasi Hukum Islam, dikemukakan ada dua pertimbangan mengapa proyek ini diadakan, yaitu sebagai berikut:[287] (a) Bahwa sesuai dengan fungsi pengaturan Mahkamah Agung Republik Indonesia terhadap jalannya peradilan di semua lingkungan peradilan di Indonesia, khususnya di lingkungan Peradilan agama, perlu mengadakan Kompilasi Hukum Islam yang selama ini menjadikan hukum positif di Pengadilan Agama, dan (b) bahwa guna mencapai maksud tersebut, demi meningkatkan kelancaran pelaksanaan tugas, sinkronisasi dan tertib administrasi dalam proyek pembangunan hukum Islam melalui yurisprudensi dipandang perlu membentuk tim proyek yang susunannya terdiri dari pejabat Mahkamah Agung dan Departemen Agama republik Indonesia.

---

[287] Abdurrahman, *op. cit.*, hal. 15.

Selama pembinaan teknis yustisial Peradilan Agama oleh Mahkamah Agung, dirasakan adanya beberapa kelemahan dalam penyelenggaraan Peradilan Agama, antara lain mengenai hukum Islam yang ditetapkan cenderung simpang-siur disebabkan oleh perbedaan pendapat ulama dalam banyak persoalan. Untuk mengatasi hal ini, diperlukan adanya suatu bentuk hukum yang menghimpun semua hukum terapan yang berlaku bagi lingkungan Peradilan Agama. Buku ini menjadi pedoan bagi para hakim dalam melaksanakan tugasnya sehingga terjamin adanya kesatuan dan kepastianhukum.

Di samping rapat-rapat gabungan Mahkamah Agung dan Departemen Agama bekesimpulan bahwa kesempurnaan pembinaan Badan Peradilan Agama beserta aparatnya hanya akan dapat dicapai antara lain dengan (a) memberikan dasar formal kepastian hukum di bidang hukum acara dan dalam susunan kekuasaan Peradilan Agama dan kepastian hukum (*legal security*) di bidang hukum materiil, dan (b) demi terciptanya *legal security* bagi para hakim, bagi para justiabelen (orang awam pencari keadilan) maupun bagi masyarakat Islam sendiri perlu aturan-aturan hukum Islam yang tersebar itu dihimpun atau dikompilasi dalam buku hukum.[288]

Keperluan akan terwujudnya satu buku hukum seperti itu yang berisi hukum yang jelas dan dapat dilaksanakan, baik oleh aparat peneggak hukum maupun oleh masyarakat merupakan salah satu gagasan dasar bagi perlunya disusun Kompilasi Hukum Islam. Gagasan dasar lainnya adalah persepsi yang tidak seragam tentang stari'ah yang menimbulkan (1) ketidak seragaman dalam menentukan apa-apa

---

[288] Abdul Chalim Mohammad, " Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam sebagai Pranata Hukum Nasional," dalam *Pesantren No. 2 / Vol. VII / 1990,* hal. 36.

yang disebut dalam syari'ah itu, (2) tidak mendapat kejelasan bagaimana menjalankan *syari'at* itu, dan (3) akbat jauhnya adalah tidak mampu menggunakan jalan-jalan dan alat-alat yang telah tersedia dalam UUD 1945 dan perundang-undangan lainnya.[289]

Untuk itu, purlu penjelasan yang lebih dalam bahwa syari'ah adalah metode atau cara menjalankan *ad-din*. Syari'ah dapat juga disebut program implementasi dari *ad-din*. Jadi, kalau *ad-din* hanya satu dan seragam, program pelaksanaannya berbeda-beda sepanjang sejarah kemanusiaan.[290] Ketidak seragaman dalam menentukan apa yang disebut hukum Islam itu, dapat dilihat ciri-ciri hukum Islam, yang mempunyai dua istilah kunci, yakni syari'ah dan fikih. Syari'ah terdiri dari wahyu Allah dan Sunnah Nabi Muhammad dan fikih adalah pemahaman dari hasil pemahaman manusia tentang syari'ah.[291] Bila ditinjau dari proses terbentuknya hukum, ahli *ushul fukih* membuat batasan, bahwa syari'ah ialah *"al-nushush al-muqaddasah"* dalam al-qur'an dan as-Sunnah *al-mutawatirah*. Syari'ah adalah ajaran Islam yang sama sekali tidak dicampuri oleh daya nalar manusia, adapun fikih adalah pemahaman atau apa yang dipahami dari *al-nushush al-muqaddasah* itu.[292]

Apabila diteliti lebih lanjut ternyata pembentukan Kompilasi Hukum Islam ini mempunyai kaitan yang erat erat sekali dengan kondisi hukum Islam di Indonesia selama ini, seperti yang dijelaskan di atas mengenai belum adanya

---

[289] zarkowi Soejoeti, ***op. cit.,*** hal. 50.

[290] Bustanul Arifin, ***Pelembagaan Hukum Islam di Indonesia***, Cet. 1 (Jakarta: Gema Insani Press, 1996), hal. 24.

[291] Mohammad Daud Ali, Hukum Islam, ***op. cit.,*** hal. 52.

[292] Satria Efendi M. Zein, Pengkajian dan Pengembangan Metodologi Hukum Fikih Islam, ***op. cit.,*** hal. 2.

suatu pengertian yang disepakati tentang persepsi hukum Islam di Indonesia. Hal ini yang tidak kalah ruwetnya menunut Bustanul Arifin ialah dasar keputusan Peradilan Agama adalah kitab-kitab fikih.[293] Ini membuka peluang bagi terjadinya pembangkangan atau setidaknya keluhan, ketika pihak yang kalah berperkara mempertanyakan pemakaian kitab atau pendapat yang memang tidak menguntungkannya itu, seraya menunjuk kitab atau pendapat yang menawarkan penyelessaian yang berbeda. Bahkan di antar ke-13 (tiga belas kitab pegangan itu adalah jarang menjadi rujukan dan sering terjadi para hakim berselisih sesama mereka tentang pemilihan kitab rujukan.

Di samping itu, perlu diketahui bahwa ke-13 (tiga belas) kitab fikih yang dibuat pedoman oleh hakim Pengadilan Agama itu atau secara umum yang disebut hukum Islam, menurut pendapat Satria Efendi M. Zein ialah, bahwa hukum Islam, baik di Indonesia maupun di dunia Islam pada umumnya, sampai hari ini adalah hukum fikih hasil penafsiran pada abad kedua atau beberapa abad berikutnya.[294] Kajian pada umumnya banyak dipusatkan pada masalah-masalah ibadah dan *al-ahwal syakhsiyah.* Kajian tidak banyak diarahkan pada *fikih mu'amalat* umpanyanya menyangkut perekonomian dalam Islam. Hal itu kelihatannya membuat hukum Islam kaku berhadapan dengan masalah-masalah kekinian. Masalah yang dihadapi bukan saja berupa perubahan struktur sosial, melainkan juga perubahan kebutuhab dalam berbagai bentuknya. Banyak masalah baru yang belum ada padanannya pada masa Rasulullah dan pada masa para *mujtahid* pada masa madzhab-madzhab terbentuk. berpegang erat saja kepada penafsiran-

[293] Abdurrahman, *op. cit.*, hal. 23.

[294] Satria Efendi m. Zein, Pengkajian dan Pengembangan Metodologi Hukum Fikih Islam, *op. cit.*, hal. 10.

penafsiran lama tidak cukup menghadapi perubahan sosial di abad kemajuan ini, penafsiran-penafsiran hendaknya diperbaharui sesuai dengan kondisi dan situasi masa kini, untuk itu ijtihad perlu digalakkan kembali.

Menurut M. Yahya Harahap yang dikutip abdurrahman mengatakan bahwa praktik penerapan hukum yang semata-mata mendasarkan penemuan dan pengambilan hukum dari sumber-sumber kitab, benar-benar tidak dapat dipertahankan karena bertentangan dengan asas "putusan pengadilan harus berdasarkan hukum".[295] Orang tidak boleh diadili berdasarkan buku atau pendapat ahli atau ulama manapun. Umat Islam Indonesia belum memiliki ujud hukum Islam secara kongkret dan positif. Yang dimilki baru berupa *"abstraksi"* hukum yang substansinya terdapat dalam al-Qur'an dalam bentuk *"wahyu matluw"* dan *Sunnah* dalam bentuk *wahyu "ghairu matluw"*. Substansi hukum yang abstrak tadi, memang ada yang telah disusun dalam kitab-kitab fikih para *mujtahid*, sesuai dengan *ra'yu* dan suasana waktu serta lingkungan tempat kitab itu ditulis.

Bilamana kita menganggap usaha penyusunan Kompilasi Hukum Islam adalah merupakan bagian dari upaya kita dalam rangka mencari pola fikih yang bersifat khas Indonesia atau fikih yang bersifat kontekstual, proses itu telah berlangsung lama sekali sejalan dengan perkembangan hukum Islam di Indonesia atau paling tidak sejalan dengan kemunculan ide-ide pembaharuan dalam pemikiran hukum Islam Indonesia seperti yang dipelopori oleh Prof. Hazairin,

---

[295] Abdurrahman, *op. cit.*, hal. 27-28.

Prof. Hasbi Ash-Shiddiqi dan sebagainya. Akan tetapi, dilihat secara lebih sempit lagi merupakan satu rangkaian proses yang berlangsung sejak tahun 1985.[296]

Keterangan di atas merupakan dorongan lahirnya Kompilasi Hukum Islam yang sesuai dengan kondisi dan situasi kebutuhan hukum dan kesadaran umat Islam Indonesia. Demikianpun penerapan hukum Islam di masyarakat dapat berjalan dengan baik apabila sesuai dengan kesadaran hukum masyarakat. Oleh karena itu, hakim dalam menyelesaikan dan memutus perkara di pengadilan harus memperhatikan kedasaran hukum masyarakat. Tentang hal ini, Undang-undang No. 14 tahun 1970 Jo. Undang-undang No. 4 Tahun 2004 Pasal 20 ayat (1) dinyatakan: " Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat". Dan dalam hukum Islam terdapat kaidah yang mengatakan bahwa hukum itu berubah karena perubahan waktu, tempat dan keadaan. Karena masyarakat itu selalu berubah. Oleh karena itu ilmu fikih sesalu berkembang dan memiliki metode-metode pengembangan yang sangat memperhatikan rasa keadilan masyarakat, seperti *mashlahat mursalah, istihsan, istishhab* dan *'urf.*[297]

Melalui Keputusan Bersama Ketua Mahkamah Agung dan Menteri Agama tanggal 21 maret 1985 ditentukan bahwa tugas pokok proyek adalah untuk melaksanakan usaha pembangunan hukum Islam melalui yurisprudensi dengan jalan Kompilasi Hukum Islam. Sasarannya adalah mengkaji kitab-kitab yang dipergunakan sebagai landasan putusan-putusan hakim agar sesuai dengan perkembangan masyarakat Indonesia untuk menuju hukum nasional. Untuk

---

[296] *op. cit.*, hal. 31.
[297] Zarkowi Soejoeti, *op. cit.*, hal. 51.

menyelenggarakan tugas pokok tersebut, proyek pembangunan hukum Islam melalui yurisprudensi dilakukan dengan cara (a) mengumpulkan data dilakukan dengan mengadakan penelaahan atau mengkaji kitab-kitab, (b) wawancara dilakukan dengan para ulama, (c) lokakarya dilakukan dengan hasil penelaahan dan pengkajian kitab-kitab dan dari hasil wawancara, dan (d) studi perbandingan dilakukan ke negara-negara Islam lainnya sehingga dapat memperoleh masukan sistem, kaidah dan garis hukum Islam dari negara-negara muslim lainnya itu.[298]

Metodologi yang dipergunakan dalam penyusunan Kompikasi Hukum Islam itu disesuaikan dengan tujuan yang hendak dicapai yaitu penyusunan kaidah-kaidah atau garis-garis hukum sejenis ke dalam sebuah kitab yang disusun secara sistematis dengan memanfaatkan sarana, bahan, nara sumber yang tersedia. Untuk mengoptimalkan itu semua, ditempuh beberapa jalan yang disebut jalur dan pendekatan perumusan.[299] Pertama, jalan pengkajian kitab-kitab fikih Islam, khususnya ketiga belas kitab fikih yang ditentukan oleh Biro Peradilan Agama untuk merumuskan garis-garis hukumnya disertai dalil-dalil hukumnya yang terdapat dalam al-Qur'an dan as-Sunnah. Kedua, jalur Ulama untuk dimentai pendapat hukum mengenai berbagai hal yang ditanyakan kepada mereka dan menyatakan dukungan mereka atas usaha penghimpunan kaidah-kaidah atau garis-garis hukum yang dimaksud. Ketiga, jalur yurisprudensi Peradilan Agama sejak zaman Hindia Belanda dahulu sampai saat penyusunan kompilasi itu yang dihimpun dalam berbagai buku (dokumen), dipelajari, dikaji dan ditarik garis-garis hukum dari padanya. Keempat, jalur studi perbandingan ke negara-negara

[298] Abdurrahman, *op. cit.*, hal. 36.

[299] Mohammad Daud Ali, "Asas-asas Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam," dalam *Mimbar Hukum No. 9 Thn. IV 1993*, hal. 3.

yang penduduknya beragama Islam mengenai hukum dan penerapan hukum Islam di negara tersebut serta sistem peradilan mereka.

Sejalan dengan apa yang dikemukakan diatas, pelaksanaan penyusunan Kompilasi Hukum Islam ini dilakukan melalui beberapa tahapan, yaitu:[300] (1) tahap persiapan, (2) tahap pengumpulan data melalui jalur ulama, jalur kitab-kitab fikih, jalur yurisprudensi Peradilan Agama, dan jalur studi perbandingan di negara-negara lain (khususnya di negara-negara Timur Tengah), (3) tahap penyusunan rancangan Kompilasi Hukum Islam dari data-data tersebut, dan (4) tahap penyempurnaan dengan mengumpulkan masukan-masukan akhir dari para ulama/cendikiawan muslim seluruh Indonesia yang ditunjuk melalui lokakarya.

Setelah pengumpulan data yang diselesaikan sesuai dengan jadual yang ditentukan, dilanjutkan dengan pengolaan data dan penyusunan draft Kompilasi Hukum Islam oleh tim yang telah ditentukan, draft inilah yang kemudian diajukan dalam suatu lokakarya nasional yang diadakan khusus untuk menyempurnakannya. Peranan lokakarya ini sangat penting sekali sebagaimana tampak disebutkannya dalam Instruksi Presiden No.1 tahun 1991 tentang penyebarluasan kompilasi ini dengan kata-kata "penyebarluaskan" Kompilasi Hukum Islam ini sebagaimana telah diterima baik oleh para alim ulama Indonesia dalam lokakarya di akarta pada tanggal 2 sampai 5 Februari 1988. Dalam penegasan ini perlu digaris bawahi kata-kata "telah diterima baik oleh para alim ulama Indonesia", karena ini merupakan kata kunci dan sekaligus merefleksikan

[300] Abdul Chalim Mohammad, *op. cit.*, hal. 36.

kedudukan kompilasi sebagai salah satu hasil kesepakatan para alim ulama Indonesia.[301]

Setelah melalui proses yang panjang, pada tanggal 10 Juni 1991 Presiden Republik Indonesia menandatangani Instruksi Presiden Republik Indonesia No. 1 tahun 1991 dan sejak itulah secara formal berlakulah Kompilasi Hukum Islam di seluruh ndonesia sebagai hukum materiil yang dipergunakan di lingkungan Peradilan Agama. Sebagai tindak lanjutnya, pada tanggal 22 Juli 1991 Menteri Agama telah mengeluarkan Keputusan No. 154 tahun 1991 tentang Pelaksanaan Instruksi Presiden Replublik Indonesia No. 1 tahun 1991 tanggal 10 Juni 1991. Selanjutnya Kompilasi Hukum Islam ini disebarluaskan kepada semua Ketua Pengadilan Tinggi Agama dan Ketua Pengadilan Agama melalui Surat Edaran Direktur Pembinaan Badan Pengadilan Agama Islam tanggal 25 Juli 1991 No. 3694/EV/HK. 003/AZ/91. Dengan adanya berbagai landasan hukum dimaksud, Kompilasi Hukum Islam ini telah mempunyai tempat yang kokoh dalam sistem hukum di Indonesia.

Landasan dan kedudukan Kompilasi Hukum Islam dalam sistem hukum nasional dapat dijelaskan lebih lanjut di bawah ini.

Landasan atau dasar hukum keberadaan Kompilasi Hukum Islam adalah Instruksi Presiden No. 1 tahun 1991 tanggal 10 Juni 1991. Menjadi pertanyaan dapatkah hukum materiil seperti yang diatur oleh Kompilasi Hukum Islam itu ditetapkan dalam bentuk Instruksi Presiden. Menurut Ismail Suny, karena sudah jelas bahwa dalam bidang perkawinan, kewarisan dan wakaf bagi pemeluk-

[301] Abdurrahman, *op. cit.*, hal. 46.

pemeluk Islam telah ditetapkan oleh Undang-undang yang berlaku adalah hukum Islam, Kompilasi Hukum Islam itu yang memuat hukum materiilnya dapat ditetapkan oleh keputusan Presiden/Instruksi Presiden.[302]

Pendapat tersebut di atas didasarkan pada disertasi dari A.Hamid S. Attamimi yang mengatakan, bahwa Instruksi Presiden tersebut dasar hukumnya adalah Pasal 4 ayat (1) Undang-undang Dasar 1945, yaitu kekuasaan Presiden untuk memegang kekuasaan pemerintahan negara.[303] Apakah dinamakan Keputusan Presiden atau Instruksi Presiden, kedudukannya adalah sama. Lebih lanjut Attamimi membagi materi muatan Keputusan Presiden yang berfungsi pengaturan itu dalam (1) materi muatan keputusan Presiden berfungsi mengatur yang delegasian Peraturan Pemerintah, dan (2) materi Keputusan Presiden yang berfungsi pengaturan yang mandiri. Posisi keputusan Presiden berfungsi pengaturan yang mandiri sama dengan posisi undang-undang. Oleh karena itu, semua asas hukum dan asas pembentukan yang berlaku bagi undang-undang, berlaku juga bagi Keputusan Presiden yang dimaksud. Lebih lanjut dikatakannya, bedanya yang mendasar ialah apabila undang-undang dibentuk oleh Presiden dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), Keputusan Presiden berfungsi pengaturan yang mandiri tidak memerlukan persetujuan DPR..

Adapun isi Instruksi Presiden RI No. 1 tahun 1991 itu adalah mengintruksikan kepada Menteri Agama untuk pertama menyebarluaskan Kompilasi ukum Islam yang terdiri dari (a) Buku I tentang Hukum Perkawinan, (b) Buku II tentang Hukum Kewarisan, dan (c) Buku III tentang Hukum

---

[302] Ismail Suny, "Kompilasi Hukum Islam Ditinjau dari Sudut Pertumbuhan Teori Hukum Islam di Indonesia," dalam *Mimbar Hukum No. 4 Thn. II 1991*, hal. 3.

[303] *Ibid.*, hal. 3-4.

Perwakafan,[304] sebagaimana telah diterima baik oleh para alim ulama Indonesia dalam lokakaryanya di Jakarta pada tanggal 2 dampai dengan 5 Februari 1988, untuk digunakan kepada instansi pemerintah dan oleh masyarakat yang memerlukannya. Kedua, melaksanakan instruksi ini dengan sebaik-baiknya dan dengan penuh tanggung jawab.

Adapun konsideran instruksi tersebut menyatakan (a) bahwa ulama Indonesia dalam lokakarya yang diadakan di Jakarta pada tanggal 2 sampai dengan 5 Februari 1988 telah menerima baik tiga rancangan buku Kompilasi Hukum Islam, yaitu Buku I tentang Hukum Perkawinan, Buku II tentang Hukum Kewarisan dan Buku III tentang Hukum perfakafan, (b) bahwa Kompilasi Hukum Islam dalam huruf a oleh instansi pemerintah dan oleh masyarakat yang memerlukannya dapat digunakan sebagai pedoman dalam menyelesaikan masalah-masalah di bidang tersebut, (c) bahwa oleh karena itu Kompilasi Hukum Islam tersebut dalam huruf a perlu disebarluaskan.

Kemudian, lebih lanjut yang menjadi dasar dan landasan dari Kompilasi Hukum Islam ini adalah Keputusan Menteri Agama Republik Indonesia tanggal 22 Juli 1991 No. 154 tahun 1991 tentang Pelaksanaan instruksi presiden Republik Indonesia No. 1 tahun 1991. Konsederan Keputusan ini menyatakan (a) bahwa Instruksi Presiden Republik Indonesia No. 1 tahun 1991 tanggal 10 Juni 1991 memerintahkan kepada Menteri Agama untuk menyebarluaskan Kompilasi Hukum Islam untuk digunakan oleh instansi pemerintah dan oleh masyarakat yang memerlukannya, (b) bahwa penyebarluasan Kompilasi Hukum Islam

[304] Lihat Inpres RI No. 1 tahun 1991.

tersebut perlu dilaksanakan dengan sebaik-baiknya dan dengan penuh tanggung jawab, (c) bahwa oleh karena itu perlu dikeluarkan Keputusan Menteri Agama Republik Indonesia tentang Pelaksanaan Instruksi Presiden Republik Indonesia no. 1 tahun 1991 tanggal 10 juni 1991.[305]

Dalam Diktum Keputusan Menteri Agama tersebut dinyatakan sebagai berikut, yaitu: Pertama, seluruh instansi Departemen Agama dan instansi pemerintah lainnya yang terkait agar menyebar luaskan Kompilasi Hukum Islam di bidang Hukum Perkawinan, Kewarisa dan Perwakafan sebagaimana dimaksud dalam diktum pertama Instruksi Presiden Republik Indonesia No. 1 tahun 1991 tanggal 10 juni 1991 untuk digunakan oleh instansi pemerintah dan masyarakat yang memerlukannya dalam menyelesaikan masalah-masalah di bidang tersebut, Kedua, seluruh lingkungan instansi tersebut dalam diktum pertama, dalam menyelesaikan masalah-masalah di bidang hukum Perkawinan, Kewarisan dan Perwakafan sedapat mungkin menerapkan Kompilasi Hukum Islam tersebut di samping peraturan perundang-undangan lainnya. Ketiga, Direktur Jenderal Pembinaan Kelembagaan Agama Islam dan Direktur Jenderal Bimbingan Masyarakat dan Urusan Haji mengkoordinasi pelaksanaan Keputusan Menteri Agama Republik Indonesia ini dalam bidangnya masing-masing, Keempat, Keputusan ini berlaku sejak diputuskan.

Dair Keputusan Menteri Agama di atas, khusus diktum bagian kedua yang berkaitan dengan kedudukan Kompilasi Hukum Islam yang intinya agar supaya

---

[305] Lihat Keputusan Menteri Agama Republik Indonesia No. 154 tahun 1991 tentang Pelaksanaan Instruksi Presiden Republik Indonesia No. 1 tahun 1991 tanggal 10 Juni 1991.

seluruh instansi pada umumnya dan Peradilan Agama pada khususnya sedapat mungkin menerapkan Kompilasi Hukum Islam dalam menyelesaikan sengketa perkawinan, kewarisan dan perwakafan. Di samping itu, kedudukan Kompilasi Hukum Islam sebagai pedoman atau petunjuk bagi para hakim Peradilan Agama dalam memutus dan menyelesaikan masalah yang diajukan kepadanya.

Berdasarkan apa yang dikemukakan di atas dapat disimpulkan ada tiga fungsi dari Kompilasi Hukum Islam Indonesia, yaitu:[306] Pertama, sebagai langkah awal/sasaran antara untuk mewujudkan kodifikasi dan juga unifikasi hukum nasional yang berlaku untuk warga masyarakat. Hal ini penting mengungat mayoritas penduduk Indonesia adalah beragama Islam, dengan ketentuan-ketentuan hukum yang telah dirumuskan dalam kompilasi ini akan diangkat sebagai materi hukum nasional yang akan diperlakukan nanti. Kedua, sebagai pegangan hakim Peradilan Agama dalam memeriksa dan mengadili perkara-perkara ang menjadi wewenangnya. Ketiga, sebagai pegangan bagi warga masyarakat mengenai hukum Islam yang berlaku baginya yang sudah merupakan hasil rumusan yang diambil dari berbagai *kitab kuning* yang semula tidak dapat mereka baca secara langsung.

Adapun isi Kompilasi hukum Islam sebagaimana diuraikan di atas terdiri dari 3 (tiga) buku, yaitu Buku I tentang Hukum Perkawinan, Buku II tentang Hukum Kewarisan dan Buku III tentang Hukum Perwakafan. Secara keseluruhan kompilasi Hukum Islam itu terdiri atas 229 pasal, adapun rinciannya seperti di bawah ini.

---

[306] Abdurrahman, *op. cit.*, hal. 60.

Buku I tentang hukum Perkawinan, adapun sistematika Kompilasi Hukum Islam mengenai hukum perkawinan ini adalah (1) Ketentuan Umum (Pasal 1), (2) Dasar-dasar Perkawinan (Pasal 2-10), (3) Peminangan (Pasal 11-13), (4) Rukun dan Syarat Perkawinan (Pasal 14-29), (5) Mahar (Pasal 30-38), (6) Larangan Kawin (Pasal 39-40), (7) Perjanjian Perkawiinan (Pasal 45-52), (8) Kawin Hamil (Pasal 53-54), (9) Beristri Lebih dari Satu Orang (Pasal 55-59), (10) Pencegahan Perkawinan (pasal 60-69), (11) Batalnya Perkawinan (Pasal 70-76), (12) Hak dan Kewajiban Suami Istri (Pasal 77- 84), (13) Harta Kekayaan dalam Perkawinan (Pasal 85-97), (14) Pemeliharaan Anak (Pasal 98-106), (15) Perwalian (Pasal 107-112), (16) Putusnya Perkawinan (Pasal 113-148), (17) akibat Putusnya Perkawinan (Pasal 149-162), (18) Rujuk Pasal 163-169), (19) Masa Bergabung (Pasal 170);

Buku II tentang Hukum Kewarisan, adapun sistematika Kompilasi HukumIslam mengenai hukum Kewarisan ini adalah sebagai berikut. (1) Ketentuan umum (Pasal 171), (2) Ahli waris (Pasal 172-175), (3) Besarnya Bagian (Pasal 176-179), (4) *Aul* dan *Rad* (Pasal 192-193), (5) wasiat (Pasal 194-209), (6) Hibah (Pasal 210-214);

Buku III tentang Hukum Perwakafan, adapun sistematika kompilasi Hukum Islam mengenai Hukum Perwakafan ini adalah (1) Ketentuan Umum (Pasal 215), (2) Fungsi, Unsur-unsur dan Syarat-syarat Wakaf (Pasal 216-222), (3) Tatacara Perwakafan dan Pendaftaran Benda Wakaf (Pasal 223-224), (4) Perubahan, Penyelesaian dan Pengawasan Benda Wakaf (Pasal 225-227), (5) Ketentuan Peralihan (Pasal 228), (6) Ketentuan Penutup (Pasal 229).

4.1.2 Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam Kontelasi Politik Hukum Nasional

Dunia masa kini merupakan dunia yang lebih terbuka, terutama bidang ekonomi, kebudayaan, ilmu pengetahuan dan terknoligi. Keterbukaan tadi juga membawa pengaruh di bidang hukum, karena hukum merupakan salah satu sarana penting untuk menegakkan ketertiban, keadilan dan ketentraman. Untuk itu sistem hukum nasional yang kita bangun tidak saja harus memiliki unsur-unsur keadilan dan kebenaran, tetapi juga harus menjawab kemajuan-kemajuan yang akan dicapai dengan memanfaatkan peluang yang terbuka.

Teori keilmuan akan menemukan bahwa fenomena sosial akan mengungkap terjadinya suatu medernitas yang berakibat antara lain sebagai berikut:[307] (1) kekuatan ekonomi yang dicapai memastikan adanya proses individualisasi dan mulai berkurangnya ketergantungan pada yang lain, (2) tumbuhnya kesadaran akan upaya mempertahankan hak dan pemenuhan kewajiban individual yng menumbuhkan proses demokratisasi yang sekaligus menjadi awal tuntutan keterbukaan dalam *sosio* kulturalnya, (3) daya paham terhadap ajaran agama mulai menggeser pola klasik dengan pola yang dikemas oleh kedua keadaan di atas dan dari sinilah berawalnya perubahan terhadap pemahaman ajaran agama, (4) substansi reintroduksi Islam dituntut untuk berbaur dengan keseluruhan fenomena modernitas sehingga agama bukan saja sebagai pusat legitimasi tetapi

[307] Gani Abdullah, "Permasalahan Hukum Kontemporer dan Hubungannya dengan Fiqh: Sebuah Analisis Segi-segi Koherensinya," dalam *Mimbar Hukum No. 13 Thn. V 1994*, hal. 42.

justeru menjadi alternatif yang lebih dominan, dan (5) tingkah laku ekonomi mulai memasuki era efisiensi baru akibat keterlibatan media produk teknologi dalam mekanisme transaksi.

Pembangunan bidang hukum merupakan suatu kebutuhan yang mau tidak mau harus dilaksanakan, khususnya di negara-negara yang sedang berkembang, hal ini dikarenakan pembangunan di berbagai bidang terutama dalam menata kembali tatanan masyarakat yang berakibat mendorong pelaksanaan pembangunan di bidang hukum termasuk di dalam pembangunan bidang hukum Islam, yang menuju usaha transformasitotal di berbagai bidang kehidupan masyarakat, yang harus diikuti oleh pembangunan hukum itu.

Hukum nasional harus berakar dari hukum rakyat yang ada, sehingga hukum nasional itu mengabdi kepada kepentingan rakyat, bangsa Indonesia yang merdeka dan berdaulat. Apabila hukum sebagai rekayasa kehidupan masyarakat dikaitkan dengan pembangunan, maka akan menimbulkan kecenderungan menempatkan hukum pada tiga fungsi utama, yaitu:[308] (1) hukum dapat berfungsi sebagai sarana pengendalian sosial (*social control*), (2) hukum dapat berfungsi sebagai sarana pembaharuan masyarakat (*social engineering*), dan (3) hukum dapat juga berfungsi sebagai alat untuk memperlancar interaksi sosial.

Keterkaitan pembangunan nasional yang menyangkut seluruh aspek kehidupan dengan antisipasi dimensi hukum adalah keniscayaan. Pembangunan menghendaki transformasi masyarakat dari satu kondisi yang lebih baik. Pemdangunan hukum nasional dapat ditemukan bukti bahwa teori hukum telah

---

[308] Muhammad Bahrul Ilmie, " Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam Kontekasi Politik Hukum Nasional," dalam *Mimbar Hukum No. 24 Thn. VII, 1996,* hal. 19.

membenarkan peracikan suatu substansi hukum dengan ragam bahan baku hukum termasuk di dalamnya adalah bahan baku hukum Islam baik berupa bahan hukum Islam secara formalistis (*siyasah wahyu*) maupun substantif (*siyasah wad'iyyah*).

Hukum Islam merupakan salah satu materi hukum nasional. Kedudukan hukum Islam dalam sistem hukum nasional memegang peranan penting dalam proses pembinaan hukum nasional, telah diakui keberadaannya dalam peraturan perundang-undangan maupun dalam kehidupan masyarakat, sehingga hukum Islam dapat berjalan seiring dengan pengembangan sistem hukum tertulis dan hukum tidak tertulis akan tetapi secara umum sistem hukum nasional Indonesia lebih mendahulukan sistem hukum tertulis daripada hukum tidak tertulis, apabila terjadi benturan antara keduanya.

Wacana Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam konstelasi poltik hukum nasional Indonesia tidak akan lepas dari pembicaraan prospek Kompilasi Hukum Islam (KHI) pada percaturan politik hukum nasional Indonesia, dalam artian prospek legislasi. Keberadaan Kompilasi Hukum Islam (KHI) tidak saja hanya sekedar menghimpun ketentuan fikih yang hidup dalam masyarakat, ia juga berbentuk *tasyri' Islami* apabila dilihat dari sudut substansi dan merupakan bagian dari hukum nasional yang dicita-citakan di masa yang akan datang (*ius constituendum*) serta pembaharuan pemahaman hukum Islam bagi masyarakat Islam Indonesia.[309]

Sekurang-kurangnya tiga hal yang dapat dicatat dari Inspres No. 1 tahun 1991 dan Keputusaan Menteri Agama No. 154 tahun 1991, yakni: (1) perintah

---

[309] *Ibid.*, hal. 23.

menyebarluasakan Kompilasi Hukum Islam tidak lain daripada kewajiban masyarakat Islam mengfungsionalisasikan eksplanasi ajaran Islam sepanjang yang mengenai normatif sebagai hukum yang hidup. (2) rumusan hukum dalam Kompilasi Hukum Islam berupaya mengakhiri persepsi ganda dari keberlakuan hukum Islam yang ditunjuk oleh Pasal 2 ayat (1) serta ayat (2) UU No. 1 tahun 1974, segi hukum formal di dalam Undang-undang No. 7 tahun 1989 Jo. UU. No. 3 Tahun 2006 sebagai hukum yang diperlakukan secara sempurna, (3) menunjuk secara tegas wilayah berlaku pada instansi pemerintah dan masyarakat yang memerlukannya. Ketiga catatan itu bukansaja menunjukkan pentingnya penyebarluasan Kompilasi Hukum Islam tetapi justeru presentasi hukum perkawinan, kewarisan dan wakaf dari Kompilasi Hukum Islam menjadi fenomena sejarah hukum terhadap eksistensi teori hukum yang menyinggung hukum Islam. Masih dijumpai kelompok masyarakat Islam yang menempatkan hukum Islam yang tertulis dalam kitab-kitab fikih sebagai hal yang sakral akibat kedudukannya sebagai bagian dari ajaran Islam. Ia bersama hukum hukum produk legislatf nasional ikut serta dan mengatur interaksi sosial. Tetapi di tengah kebersamaan demikian, nilai sakralistik yang diletakkan pada hukum Islam menjadi hambatan peletakan hukum produk legislatif nasional pada kedudukan yang sederajat dengannya sekalipun ajaran Islam telah tertransformasi secara formil ke dalamnya.[310] Dengan demikian hukum Islam dapat menjadi hukum nasional apabila memenuhi beberapa persyaratan, di antaranya sesuai dengan kebutuhan seluruh lapisan masyarakat dan secara obyektif dapat diterima dan

[310] Abdul Gani Abdullah, "Kehadiran Kompilasi Hukum Islam dalam Hukum Indonesia: Sebuah Pendekatan Teoritis,". *op. cit.*, hal. 3.

sesuai dengan Pancasila dan UUD 1945. Kecuali itu status hukum nasional dari segi isi (materi) dapat dikategorikan sebagai hukum yang Islami selama memenuhi kriteria *siyasah wad'iyyah* seperti yang diuraikan di bab terdahulu.

Kompilasi Hukum Islam yang disepakati oleh sebagian ulama pada tahun 1988 sebagai kemajuan pemikiran hukum Islam di Indonesia ternyata hingga sekarang sebagian para ulama tradisional Indonesia masih ada yang belum sepenuhnya memahami atau menyetujui berbagai aturan yang ada. Hal ini karena dianggap tidak selamanya sesuai dengan ajaran yang termuat dalam kitab-kitab fikih. Kompilasi Hukum Islam dalam aspeknya bersifat nyata (empirik) menghindari banyaknya perbedaan dalam rumusan-rumusan fikih, sehingga kepastian hukum yang sesuai dengan kondisi Indonesia, yang menghendaki adanya pengembangan dan pembangunan di segala bidang dapat ditegakkan.

Keberadaan Kompilasi Hukum Islam yang memiliki dasar hukum Inpres No. 1 tahun 1991 Jo. Keputusan Menteri Agama No. 154 tahun 1991 Jo. Surat Edaran Direktur Pembinaan Badan Peradilan Agama Islam yang memuat tiga buku yaitu: Buku I tentang Hukum Perkawinan, Buku II tentang Hukum Kewarisan, dan Buku III tentang Hukum Perwakawan diakui mempunyai dampak positif, karena Kompilasi Hukum Islam sebagi kumpulan norma atau ketentuan hukum Islam yang selama ini sudah dipakai dan dilaksanakan masyarakat Islam Indonesia.

Walaupun demikian, masih ada kelompok yang lemah kesadarannya dalam melaksanakan hukum agama mereka, hal ini disebabkan:[311] (a) kurangnya

[311] Muhammad Bahrul Ilmie, *op. cit.*, hal. 24-25.

keyakinan akan kebenaran hukum Islam dari sebagian pencari keadilan, (b) kurangnya pengetahuan tentang hukum Islam yang memang mempunyai ciri dan tujuan yang tidak sama dengan hukum yang lain, dan (c) karena hukum Islam di Indonesia (waktu yang lalu) masih merupakan pilihan, tentunya bagi pencari keadilan akan mencari jalan yang dianggap menguntungkan (pada waktu itu) apakah hukum adat atau hukum positif yang lain.

Pada dasarnya Kompilasi Hukum Islam memiliki prospek legislasi dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia, karena sebagian besar para pakar hukum di Indonesia memberikan pandangan yang optimis bahwa Kompilasi Hukum Islam memiliki prospek legislasi dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia. Namun demikian, dalam prosesnya hal itu sangat tergantung pada efektifitas pelaksanaannya di masyarakat, terutama para hakim Peradilan Agama, sebagai pedoman dalam menyelesaikan perkara. Mendatang transformasi Kompilasi hukum Islam sudah dapat dilakukan oleh pemerintah untuk mewujudkan kodifikasi hukum nasional Indonesia yang dicita-citakan, walaupun nantinya tergantung dari substansi yang akan dikodifikasikan. Sedangkan faktor-faktor yang paling mendukung dalam hal ini, disamping perlunya partisipasi seluruh masyarakat Indonesia, juga perlu peningkatan kesadaran hukum masyarakat. Kemudian yang tidak kalah pentingnya adalah upaya-upaya dukungan dari pihak pemerintah (*eksekutif*) dan pihak Dewan Perwakilan Rakyat (*legislatif*). Dengan harapan nantinya Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang saat ini masih berdasarkan Inspres dapat menjadi undang-undang.[312]

---

[312] *Ibid.*, hal. 25.

Legislasi sebagai strategi politik hukum Islam di Indonesia, dan ini merupakan metode yang relatif baru di kalangan umat Islam di beberapa negara dalam menetapkan hukum Islam terutama hukum keluarga. Intervensi pemerintah terhadap beberapa wilayah hukum Islam ini menunjukkan adanya penerimaan terhadap ide-ide modern. Ide legislasi hukum Islam tersebut diperjuangkan oleh gerakan modernis yang berusaha mengkompromikan Islam dengan kondisi modern, melalui pembaharuan-pembaharuan terhadap paham tradisional. Kritik kaum modernis pada awlnya hanya mengkritisi hukum Islam tradisional, namun kemudian juga mengkritisi hukum agama meraka beranggapan bahwa Islam sebagai agama harus mengatur sistem hukum sebaik-baiknya.[313]

Hukum Islam yang mempunyai sifat dasar sebagai *living law* yang plural dan berkembang hidup dalam masyarakat, lebih cenderung mempunyai persamaan dengan *common law*. Pluralitas hukum Islam dalam artian fikih sebagai karakteristiknya sejak awal pembentukannya, merupakan konsekuensi dari hukum Islam yang sakral dan berasal dari Tuhan yang bersumber dari al-Qur'an. Maka hukum Islam sebagai fikih yaitu pemahaman terhadap sumbernya merupakan hasil dari pemacaan kehendak Tuhan yang terdapat dalam al-Qur'an. Maka pembacaan tersebut akan bervariatf tergantung metode pembacaan yang digunakan oleh pembacanya.

Dengan karakteristik hukum tersebut, legislasi dapat dijadikan stategi dalam merealisasikan pemberlakuan hukum Islam di Indonesia seperti adanya Kompilasi Hukum Islam tersebut, setelah umat Islam mengadakan upaya-upaya konseptual

---

[313] Sri Wahyuni, "Politik Hukum Islam di Indonesia (Studi terhadap Legislasi Hukum Islam (KHI)," dalam *Mimbar Hukum No. 59 Thn. XIV 2005*, hal. 84.

dengan mengadakan reinterpretasi terhadap sumber hukum Islam yaitu al-Qur'an dan as-Sunnah untuk mengadakan reformasi hukum Islam yang sesuai dengan masa kini dan konteks Keindonesiaan.

Memang diakui bahwa hukum Islam yang berkarakteristik plural sulit untuk penerapannya (aplikasi) terhadap suatu kasus yang terjadi atau suatu kasus yang diajukan ke Pengadilan Agama dengan berpedoman hukum yang plural itu. Maka ligeslasi dan unifikasi merupakan suatu keniscayaan. Di samping itu terdapat dampak yang bersifat negatif atas terjadinya kodifikasi dan unifikasi arakteristik hukum yang plural itu, termasuk di dalamnya adalah terjadinya pereduksian, pemaksaan dan penegasan terhadap eksistensi hukum Islam yang plural itu. Penerapan hukum Islam sebagai hukum positif di beberapa negara seperti Sudan menimbulkan masalah diskriminasi dan penindasan terhadap kalangan tertentu dan menimbulkan protes dati kalangan yang mempunyai interpretasi lain terhadap hukum Islam yang diterapkan oleh pihak pemerintah. Unifikasi sangat sulit dalam hukum Islam, karena karakter dasar hukum Islam adalah sama dengan sistem hukum *common law*.[314]

Terdapat pandangan lain tentang positif negatipnya legislasi hukum Islam, tetapi yang benar bahwa ligeslasi hukum Islam yang digunakan oleh Pengadilan Agama hanya merupakan pedoman umum saja, sebab yang dihadapi hakim agama adalah hukum kasus yang nuansanya satu dengan yang lain adalah berbeda. Di samping itu hakim dalam memutus sengketa hukum yang diajukan kepadanya harus berpedoman bahwa pengadilan di samping sebagai institusi hukum, yaitu

---

[314] *Ibid.*, hal. 86.

menegakkan hukum dan keadilan, juga memandang bahwa pengadilan adalah sebagai institusi sosial, yang sifatnya terbuka terhadap perkembangan kehidupan dan lingkungannya. Inilah yang disebut nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat yang harus dipertimbangkan oleh hakim dalam memutus perkara yang diajukan kepadanya.

Dari uraian di atas dapat diketahui, bahwa hukum Islam mempunyai katakteristik dasar yang sama dengan *common law* sebagai *living law* yang plural dan berkembang dalam masyarakat. Sedangkan seiring dengan isu demokratisasi dan pluralisme yang didengungkan Barat (Amirika), sistem hukum pun mulai cenderung beralih kepada *common law*. Maka umat Islam Indonesia harus juga mempersiapkan pergantian sistem hukum yang mungkin akan terjadi tersebut, dengan mengupayakan keberlakuan hukum Islam secara sosiologis, yaitu dengan mengadakan reintruduksi hukum Islam agar diakui dan diterima dalam masyarakat sebagai *living law*,[315] disamping mengupayakan keberlakuan hukum Islam tertulis yang terlegalitas sebagi wujud kodifikasi dan unifikasi hukum, yang mengandung juga nilai positif, yang disebut hukum positif Islam dalam arti tertulis.

Sebagai latar belakang legislasi Kompilasi Hukum Islam di atas, yaitu sedikit banyak adanya pengaruh sistem hukum Barat terutama Eropa Continental terhadap pemikiran hukum Islam di Indonesia. Para pembentuk hukum nasional tidak dapat melepaskan ide dan pemikirannya bahwa salah satu ciri hukum modern adalah tertulis yang memiliki sifat kepastian yang hendak memerlakukan

---

[315] *Ibid.*, hal. 87.

hukum Islam dalam tata hukum nasional, yaitu dengan menginginkan legislasi terhadap hukum Islam sebagai hukum positif.

4.1.3 Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagai Hukum Terapan Tertulis di Pengadilan Agama

Secara normatif Islam diyakini sebagai agama yang sempurna dan memenuhi kebutuhan manusia pada setiap masa dan tempat, pada setiap situasi dan kondisi (*shalikun likulli zamanin wa makanin*), karena Islam tidak hanya mengatur bagaimana manusia berhubungan dengan Tuhan dalam bentuk *ritual* keagamaan, melainkan mengatur tata kehidupan antara manusia. Bahkan Islam telah mengatur hubungan manusia dengan alam semesta dalam bentuk pemakmuran bumi yang merupakan misi manusia dalam kehadirannya di dunia guna mewujudkan keharmonisan dan kebaikan diri mereka sendiri (*litahqiqi mashalihi an-nas*).

Hal tersebut dipahami karena prinsip-prinsip hukum dalam Islam dengan kaidah-kaidah yang bersifat umum (*kulliyah*) yang diyakini mampu menampung persoalan yang dihadapi umat, dan *syari'at* pun telah disempurnakan oleh Allah sebagaimana dinyatakan dalam wahyu terakhir yang turun ketika Nabi Muhammad melakukan *haji wada'* (*QS al-Maidah: 3*). Hukum Islam diyakini sebagai sumber yang bersumber pada wahyu Allah, yaitu al-Qur'an dan as-Sunnah yang dibimbing oleh Wahyu Allah, sehingga Allah dan Rasul disebut sebagai *Syari'* (*law maker*). Karena perkembangan zaman, sementara itu masalah hukum yang dihadapi oleh umat semakin beragam dan kompleks sejalan dengan

perkembangan peradaban manusia. Dengan demikian untuk mewujudkan hukum Islam dalam situasi dan kondisi harus dilakukan interpretasi dan reaktualisasi serta pemahaman ulang terutama yang berkaitan dengan hukum dengan menggunakan kaidah yang dibenarkan antara lain *kaidah ushul fikih* (*Islamic Legal Theory*).

Hukum dalam arti luas meliputi ketentuan normatif dan mengatur dan menjadi pedoman perilaku dalam kehidupan masyarakat, berbangsa dan bernegara yang ditentukan dalam sistem organesasi kekuasaan dan pada gilirannya tercipta suatu mekanisme berkenaan dengan proses pembuatan hukum, penerapan hukum dan peradilan terhhadap pelanggaran hukum dalam masyarakat. Melaksanakan peradilan adalah kewajiban yang ditetapkan dan merupakan Sunnah Rasulullah yang harus diikuti seperti yang telah dilakukan oleh *khulafau al-rasyidin*, para sahabat dan *tabi'in* serta generasi berikutnya.[316]Untuk itu perlu ditetapkan hukum formil dan hukum materiil sebagai pegangan demi kepastian hukum. Namun hukum materiil sebagai pegangan hakim Peradilan agama (pada waktu itu dan sebagian sampai pada waktu ini) adalah hukum yang disimpulkan dari kitab fikih sebagai hasil penalaran dan pemahaman yang meniscayakan adanya perbedaan yang disebabkan oleh karena sifat fikih itu sendiri yang sangat toleran terhadap sosio kultural dan hukum yang telah ada di sekitar *mujtahid*. Oleh karena itu dalam konteks Indonesia, dengan latar belakang sosio kultur yang berbeda dengan situasi Timur Tengah, diperukan gagasan fikih yang bercorak dan berwawasan ki-Indonesiaan.

---

[316] Abd. Basyir, "Islam, Peradilan dan Hukum Materiilnya," dalam *Mimbar Hukum No. 64 Thn. XV 2004*, hal. 96.

Peradilan dalam literatur Islam merupakan terjemahan dari kata "*qadla*", yang secara etimologis berarti "selesai" atau "putus", *qadla* bisa berarti "*al-hukmu*", yaitu mencegah atau menghalangi orang lain berbuat aniaya.[317]Muhammad SAW. Setelah menerima wahyu, disamping sebagai Nabi dan Rasul juga sebagai seorang pemimpin yang mempunyai otoritas menyelesaikan sengketa, terutama setelah hijrah dari Makkah ke Madinah sebagaimana dinyatakan oleh Allah dalam *Surat al-Maidah ayat 65* tentang perintah agar Nabi menyelesaikan semua sengketa yang timbul di antara manusia. Kemudian dalam *Surat an-Nisa' ayat 51* dan *Surat al-Maidah ayat 105*, yang memerintahkan agar Nabi memutus hukum dengan apa yang diturunkan oleh Allah kepadanya, sehingga Nabi menempatkan diri sebagai pemutus perkara.

Adapun ciri-ciri sistem peradilan pada masa Nabi, sebagai berikut, yaitu:[318] (1) kekuasaan peradilan belum dipisah dari kekuasaan negara yang lain, (2) putusan yang dijatuhkan oleh Nabi, merupakan bagian dari fatwa karena kasus yang dihadapi belum merupakan kasus sengketa yang sebenarnya, sehingga putusan Nabi lebih banyak pemberitahuan tentang hukum Allah dalam kasus-kasus yang dihadapi agar manusia melaksanakan, (3) *qadli*/hakim pada masa Nabi memiliki kebebasan dalam memutuskan, (4) *qadli*/hakim diambil dari orang-orang yang mumpuni atau pilihan, dan (5) pada masa Nabi belum ada penjara atau tahanan seperti yang ada sekarang.

Dalam upaya membangun kehidupan sosial yang harmonis di kota Madinah pada waktu ini, supaya tidak menimbulkan permasalahan hukum yang menyita

---

[317] *Ibid.*, hal. 97.
[318] *Ibid.*, hal. 99

tenaga dan waktu, maka Rasulullah (tahun 622 M) secara historis politis, membuat atau telah terjadi apa yang disebut Piagam Madinah (*Madinah Charter*) yang merupakan dokumen politik yang menyatukan semua komunitas penduduk Madinah yang multi etnis, multi agama dengan tingkat sosial yang heterogin. Adapun ini Piagam Madinah di antaranya, yaitu:[319] (1) Setiap kelompok mempunyai hak keagamaan dan politik, adalah merupakan hak kelompok untuk menghukum orang yang berbuat kerusuhan dan adanya jaminan keamanan pada orang yang patuh, (2) adanya jaminan kebebasan beragama, (3) adanya kewajiban bagi penduduk Madinah baik muslim maupun Yahudi untuk saling membantu baik moril maupun materiil dan bahu membahu untuk menangkis semua serangan dan ancaman terhadap kota Madinah, dan (4) Rasulullah adalah ketua umum (pemimpin) bagi semua penduduk Madinah, kepada beliaulah diajukan segala perkara dan memutus/menyelesaikan segala perselisihan.

Peradilan merupakan salah satu institusi penegakan dan penerapan hukum, maka sumber hukum Peradilan Agama adalah hukum Islam (syari'ah) untuk mengetahuinya melalui ijtihad dan pemahaman yang kemudian berkembang menjadi fikih. Bahwa fikih adalah produk penafsiran *fuqaha* terhadap *syari'at*, yang memiliki toleransi yang cukup tinggi terhadap kebudayaan etnik dan kedaerahan yang kemudian teraktualisasikan dalam *kaidah fiqhiyah "al'adatu muhakkamah"*. Dengan kaidah ini hukum Islam mengakui bahwa adat menjadi unsur yang dipertimbangkan dalam penetapan hukum Islam (fikih) dan di sinilah letak elastisitas hukum Islam dalam arti fikih. Fikih merupakan sistem hukum

---

[319] *Ibid.*, hal. 98.

yang terbuka, perkembangannya bukan saja tumbuh dari dalam, melainkan juga menerima resapan dan serapan dari luar yang berkembang di masyarakatnya. Dan karena eksistensi masyarakat itu meruang dan mewaktu, maka sekali lagi fikih tidak dapat menghindar dari pengaruh kondisi geografis dan iklim suatu daerah yang tidakhanya membentuk daya tangkap manusia terhadap gejala-gejala yang ada di sekitarnya, tetapi juga melahirkan perbedaan-perbedaan daya tangkap serta ekspresi kemanusiaan sesuai dengan kondisi dan situasi yang ada.[320]

Hukum materiil Peradilan Agama adalah hukum Islam yang kemudian diasumsikan sebagai fikih yang menurut sifatnya elastis dan fleksibel namun rentan terhadap perbedaan. Dengan demikian bahwa hukum materiil Peradilan agama merupakan kebutuhan mendasar bagi masyarakat indonesia yang beragama Islam, terutama dalam menyelesaikan kasus-kasus demi kepastian hukum dan tegaknya keadilan, yang semula masih menggunakan kitab-kitab fikih sebagai pegangan hakim Peradilan Agama dalam menyelesaikan masalah yang diajukan oleh pencari keadilan kepadanya.

Namun kesadaran hukum masyarakat muslim dan perkembangan hukum Islam di Indonesia pada awal abad XXI ini, menunjukkan bahwa kitab-kitab fikih tersebut tidak lagi seluruhnya sesuai dengan kebutuhan hukum masyarakat muslim Indonesia. Wawasan hukum masyarakat muslim Indonesia saat sekarang sangat berbeda dengan masa-masa lalu, yang ingin mengembangakan hukum Islam yang kontekstual dalam bidang hukum perkawinan, kewarisan dan perwakafan yang mengandung nuansa "wawasan Indonesia". Jangkauannya sudah

---

[320] *Ibid.*, hal. 105.

melewati batas madzhab Syafi'i yang berabad-abad menguasai pemikiran hukum Islam di Indonesia.

Konsekuensi dan konsistensi perkembangan tersebut menuntut lembaga Peradilan Agama dan hakim Peradilan Agama harus meningkatkan kemampuannya dalam melayani pencari keadilan dan dalam memutus perkara sebaik-baiknya. Kemampuan yang demikian itu hanya mungkin ada, kalau terdapat suatu hukum yang jelas dalam suatu kodifikasi hukum yang dapat dipergunakan oleh para hakim Peradilan Agama dalam mengadili dan menyelesaikan perkara. Setelah melalui tahapan dan proses penyusunan yang cukup optimal, akhirnya dengan Inspres No. 1 tahun 1991 Jo. Keputusan Menteri Agama No. 154 tahun 1991 tanggal 24 Juli 1991, lahirlah Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Nasional Indonesia yang merupakan positivisasi abstraksi hukum Islam di Indonesia.

Positivisasi hukum Islam secara terumus dan sistematis dalam kitab hukum yang dinamakan: "Kompilasi Hukum Islam" mempunyai beberapa sasaran pokok yang ingin dituju dan diwujudkannya, yaitu:[321]

a. Melengkapi Peradilan Agama dengan hukum terapan. Sesungguhnya dengan lahirnya Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Jo. Undang-undang No. 3 Tahun 2006, kedudukan dan kewenangan Peradilan Agama telah mantap dan mandiri dan hukum acaranyapun telah pasti. Namun hukum materiilnya yang dipergunakan dan diterapkan hanya sebagian saja yang sudah dikodifikasikan seperti dalam Undang-undang Perkawinan. Pdahal

[321] Matardi, "Kompilasi Hukum Islam sebagai Hukum Terapan di Pengadilan Agama," dalam *Mimbar Hukum No. 24 Thn. VII 1996,* hal. 29-30.

masih banyak hal-hal yang dituntut *syari'at* Islam yang belum diatur secara menyeluruh dalam undang-undang tersebut. Konsekuensinya para hakim Peradilan Agama merujuk pada doktrin yang tercantum dalam berbagai kitab fikih. Tidak berlebihan bahwa putusan yang dijatuhkan oleh Pengadilan Agama bukan keadilan berdasarkan hukum, tetapi keadilan berdasarkan doktrin fikih. Tidak ada rujukan hukum positif yang bersifat unifikatif, sehngga terjadilah putusan-putusan yang berdisparitas tinggi antara satu Pengadilan Agama dengan Pengadilan Agama lain, antara hakim yang satu dengan hakim yang lain. Lain hakim lain pendapat dan putusannya. Satu-satunya jalan yang harus dilakukan adalah melengkapi Peradilan Agama dengan hukum positif yang bersifat kodifikatif dan unifikatif seperti berwujud Kompilasi Hukum Islam.

b. Menyamakan persepsi dan pandangan dalam penerapan hukum Islam. Selama ini pandangan para hakim dan atau masyarakat dapat saling berbeda pendapat dalam penerapan hukum Islam, maka dalam Kompilasi Hukum Islam telah jelas dan pasti sebagai kesatuan landasan hukum yang dipedomani dalam menyelesaikan kasus-kasus yang dihadapi. Bahasa dan nilai-nilai hukum yang dipergunakan di Pengadilan Agama oleh masyarakat pencari keadilan, sama kaidah dan perumusannya dengan apa yang mesti diterapkan oleh para hakim di seluruh wilayah Indonesia.

c. Mendekatkan umat dengan hukum Islam. Dengan adanya Kompilasi Hukum Islam dapat mempercepat arus proses ke arah memperkecil pertentangan (*khilafiyah*) mengenai persepsi hukum dalam bidang

perkawinan, kewarisan dan perwakafan dapat dipandu dan disatukan pemahaman yang sama. Pengadilan Agama sebagai alat kekuasaan negara yang mengendalikan fungsi kekuasaan kehakiman dapat memperlakukan nilai dan kaidah yang sama kepada setiap muslim tanpa membedakan golongan.

d. Mengurangi sumber pertentangan di antara umat. Dengan adanya Kompilasi Hukum Islam berarti telah ada satu rujukan pandangan dalam menyelesaikan kasus-kasus di bidang bersangkuta.

e. Menyingkirkan pandangan bahwa pelaksanaan hukum Islam adalah masalah pribadi. Kompilasi Hukum Islam diharapkan dapat menyentuh dan menggugah serta menyadarkan bahwa nilai-nilai hukum Islam dalam hubungannya dengan masyarakat harus diatur oleh negara guna terciptanya ketertiban dan kepastian hukum serta keamanan. Tidak bisa dipungkiri bahwa di kalangan umat Islam masih banyak yang berpandangan bahwa pelaksanaan hukum Islam di tengah-tengah masyarakat adalah sebagai urusan pribadi, masyarakat atau pemerintah tidak perlu campur tangan. Hal yang demikian memang harus dipilah-pilah, bahwa masalah *ibadah mahdhah* termasuk masalah pribadi masing-masing, akan tetapi apabila menyangkut persoalan mu'amalah dapat menyangkut persoalan sosial yang perlu pengaturan dan ikut campur pemerintah dalam hal yang demikian itu.

Kehadiran Kompilasi Hukum Islam sesungguhnya telah menciptakan standar hukum (*law standard*), yakni suatu norma ukuran, kaidah hukum

resmi baik bagi Peradilan Agama maupun masyarakat muslim dan para pencari keadilan, dan dengan adanya Kompilasi Hukum Islam diharapkan dapat berwujud:[322] (a) kesatuan landasan hukum (*unified legal frame work*) dan keseragaman pandangan hukum (*unified legal opinion*), sehingga dapat dihindarkan dan diperkecil putusan-putusan yang bercorak ketidak pastian (disparitas) yang tinggi serta memperkecil perilaku "lain hakim, lain pendapat dan putusannya, (b) membina kepastian penegakan hukum, agar dapat direalisir kehidupan negara hukum dan supremasi *"rule of law"* yakni keunggulan kekuasaan hukum, (c) memberi perlakuan yang sama dalam kasus yang sama, sehingga Kompilasi Hukum Islam diharapkan dapat mampu berperan menegakkan prinsip "*predictable*", yakni dapat diramalkan kebenaran putusan yang akan diberikan oleh hakim Peradilan Agama, karena memang sudah ada standar hukum yang tertuang dan terumus secara sistematik dalam satu kitab hukum Kompilasi Hukum Islam yang memberikan kesatuan landasan hukum dan keseragaman pandangan dan hukum dalam mewujudkan kepastian penegakan hukum.

Dengan demikian kehadiran Kompilasi Hukum Islam sebagai hukum terapan di Pengadilan Agama para hakim tidaklah dibenarkan menjatuhkan putusan-putusan yang berbeda-beda atas kasus yang sama baik substansi dan nuansa kasus itu. Dengan berpedoman Kompilasi Hukum Islam para hakim Pengadilan Agama dituntut untuk bisa menegakkan hukum dan kepastian hukum yang seragam, tanpa mengurangi kemungkinan terjadinya putusan-

[322] *Ibid.*, hal. 31.

putusan yang bercorak variatif. Persamaan persepsi dan keseragaman putusan melalui penerapan Kompilasi Hukum Islam, tetap membuka pintu kebebasan hakim untuk menjatuhkan putusan yang mengandung perbedaan, asal tetap proposional secara kasuistik, dan di pihak para pencari keadilan, dalam setiap kesempatan yang diberikan kepadanya untuk membela dan mempertahankan hak serta kepentingannya dalam suatu proses pengadilan di Peradilan Agama.

Kompilasi Hukum Islam sebagai hukum terapan di Pengadilan Agama dengan melihat permasalahan hukum (kasus) yang diajukan di pengadilan, maka hakim Peradilan Agama memikul tanggung jawab menegakkan kebenaran dan keadilan *inkonkreto* di dalam penerapan Kompilasi Hukum Islam, maka fungsi dan peran hakim adalah:[323] sebagai penentu Kompilasi Hukum Islam dalam kejadian *konkreto*, yang diwujudkannya dalam bentu putusan dan dalam putusan itu hakim mengkonkritisasi sifat umum dan abstraksi Kompilasi Hukum Islam. Pendekatan yang harus dilakukan hakim Peradilan Agama agar konkritisasi Kompilasi Hukum Islam melalui putusannya mewujudkan kebenaran dan keadilan adalah pendekatan problematik, yakni mencari penyelesaian perkara sesuai dengan permasalahan sengketa yang diajukan kepadanya. Jika tidak mendahulukan dan mengutamakan pendekatan sistem, dalam arti tidak boleh melihat perkara dari sistem dan rumusan pasal-pasal Kompilasi Hukum Islam semata-mata, tetapi harus mendahulukan pendekatan problem perkara tanpa mengabaikan pendekatan sistem dengan pendekatan lain, ketentuan pasal-pasal Kompilasi

[323] *Ibid.*, hal. 33.

Hukum Islam tetap menjadi landasan rujukan berpijak, namun membuka pintu terhadap perubahan nilai yang nyata tampak dalam dinamika kesadaran pergaulan hidup masyarakat.

Hakim Peradilan Agama diharuskan untuk melakukan penalaran dan penafsiran dalam penerapan pasal-pasal Kompilasi Hukum Islam pada kasus kongkrit (*al-waqi'ah*) yang diperiksa dan diadilinya. Dan untuk memerankan kegiatan demikian dapat dipaparkan sebagai berikut:[324] (a) menafsirkan bunyi rumusan Kompilasi Hukum Islam dengan jalan memberi dan menentukan makna pasal, yang dapat dipergunakan menyelesaikan kejadian yang diperkarakan, artinya menetapkan makna kaidah atau pasal mana yang tepat diterapkan terhadap kasus yang diperkarakan. Jika ada pasal yang jelas dan rinci, maka pasal itu yang diterapkan apabila nilainya sesuai dengan problem kejadian yang diperkarakan, (b) dalam menghadapi rumusal pasal Kompilasi Hukum Islam yang bersifat sangat umum, hakim harus memberi isi kongkrit sesuai dengan kejadian perkara yang dipersengketakan, dan (c) dalam hal Kompilasi Hukum Islam belum mengatur hal yang dipersengketakan, maka hakim harus menambah sesuatu yang baru ke dalam Kompilasi Hukum Islam. Dalam kejadian seperti ini, hakim menciptakan hukum baru untuk menyelesaikan kejadian *konkreto*. Untuk itu dikatakan bahwa: "hakim haruslah berpandangan umum, menyeluruh, namun dalam penerapan hukum harus berpandangan yang bersifat khusus, secara kasuistik dan atau *inkonktreto*.

---

[324] *Ibid.*, hal. 33-34.

4.1.4 Legilasi Kompilasi Hukum Islam dan Pembangunan Hukum Islam di Indonesia serta Pemasyarakatan KHI

Dengan telah diundangkannya Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Jo. Undang-undang No. 3 Tahun 2006 Tentang Peradilan Agama, ini berarti hukum Islam telah dikukuhkan secara sah sebagai bagian integral dari hukum nasional, sebagai satu konsekuensi dari penggunaan secara serentak tiga wawasan, yaitu wawasan kebangsaan, wawasan nusantara dan wawasan Bhinneka Tunggal Ika, yang berakibat bahwa hukum Islam merupakan salah satu sumber hukum nasional dengan Pancasila sebagai filter seperti halnya sumber-sumber hukum yang Lain.

Dengan dikeluarkannya Kompilasi Hukum Islam (Inpres RI No. 1tahun 1989), maka dalam hal hukum Keluarga umat Islam lebih mendapatkan kepastian hukum. Seperti yang diketehui, bahwa meskipun Peradilan Agama sudah ada di tanah air kita ini sejak sebelum kolonialis Belanda datang, tetapi sampai keluarnya Instruksi Presiden No. 1tahun 1991 itu para hakim agama tidak mempunyai satu buku hukum yang baku dan seragam untuk seluruh wilayah Indonesia. Dalam menangani kasus yang diterimanya dari para pencari keadilan, sebagai rujukan para hakim itu kembali kepada kitab-kitab fikih yang puluhan jumlahnya dan yang ditulis para ahli hukum Islam ratusan tahun yang lalu dan bukan di Indonesia. Akibatnya dapat terjadi dua kasusu yang serupa ditangani dua hakim yang berbeda yang mempergunakan kitab

rujukan yang tidak sama, mendapatkan putusan yang sangat berlainan. Juga tidak jarang bahwa keputusan-keputusan tersebut tidak mencerminkan semangat keadilan yang sesuai dengan tata nilai masyarakat Indonesia.

Tasyri' Islami (legislasi Islam) dalam kajian tradisional mengandung dua pengertian:[325] Pertama, adalah sebagai ketetapan Allah dan Rasul. Kedua, adalah sebagai ketetapan berdasarkan interpretasi manusia yang dilakukan oleh para *fuqaha* sepanjang masa sejak zaman sahabat. *Tasyri'* berarti pembuatan hukum. Pembuat hukum dalam Islam adalah Allah dan Rasul. Karena itu ketetapan Allah dan Rasul disebut syari'ah, yaitu jalan yang digariskan kepada manusia. Hukum sebagai ketetapan Allah dan rasul tidak boleh berubah, tetapi hukum kehidupan mengikuti perubahan utuk mengantisipasi perubahan tersebut, manusia juga dapat membuat hukum (fikih) baru berdasarkan prinsip-prinsip umum yang ditetapkan oleh syari'ah. Hukum jenis kedua ini, adalah hasil ijtihad para *mujtahid* atau pemahaman manusia terhadap hukum Allah yang disebut fikih.

Sistem hukum Indonesia mengikuti tradisi hukum Belanda, dan Belanda dan oleh karena pernah dijajah oleh Perancis mewarisi tradisi *civil law*. Ciri utama *civil law* adalah peraturan perundang-undangan yang terkodifikasi. Sementara itu hukum Islam walaupun mempunyai sumber-sumber tertulis dalam al-qur'an, as-Sunnah dan pendapat para *fuqaha'*, pada umumnya tidak terkodifikasi dalam bentuk buku perundang-undangan yang mudah dirujuki.

---

[325] Rifyal Ka'bah, "Kodifikasi Hukum Islam Melalui Perundang-undangan Negara di Indonesia," dalam *Suara Uldilag Vol. II No. 5 September 2004,* hal. 54.

Karena itu, hukum Islam di Indonesia seperti halnya hukum adat, dipandang sebagai hukum tidak tertulis dalam bentuk perundang-undangan.

Kompilasi Hukum Islam mencerminkan reformasi hukum Islam yang terdapat dalam fikih sebagai pegangan hakim Peradilan Agama, di samping itu hakim Peradilan Agama perlu melakukan reaktualisasi demi memelihara relevansi hukum Islam, pelaksanaan hukum itu dapat atau bahkan perlu berubah karena perbedaab waktu, lingkungan dan tempat peradaban. Juga dalam *kaidah fiqhiyah* terdapat kaidah bahwa kebiasaan atau tradiri dari suatu kelompok itu harus ikut terumuskan dalam penyusunan hukum, dan bahwa *'urf* atau budaya itu merupakan salah satu sendi hukum. Lain dari pada itu Pasal 229 KHI yang merupakan ketentuan penutup, dinyatakan: "hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya, wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya nanti sesuai dengan rasa keadilan masyarakat. Bungi pasal tersebut merupakan tantangan dan sekaligus peluang bagi para hakin pada Pengadilan Agama. Mereka dituntut untuk ikut serta berkelanjutan dalam usaha " mempribumikan" hukum Islam di Indonesia, atau dengan perkataan lain untuk selalu berusaha menjaga relevansi hukum Islam yang universal dan abadi itu denga kehidupan masyarakat Indonesia yang berkembang pesat.[326]

Berkaitan dengan itu, para hakim sejak zaman Nabi Muhammad SAW. pasal-pasal yang jelas dari kitab undang-undang yang sudah baku, tetapi

[326] Munawir Sjadzali, "Makna Undang-undang No. 7 Tahun 1989 dan Kompilasi Hukum Islam sebagai Pembangunan Hukum Islam di Indonesia," dalam *Mimbar Hukum No. 17 Thn. V 1994,* hal. 4.

berdasarkan hukum umum yang disarikan dari al-qur'an dan as-Sunnah. Dengan demikian dari sudut ini, sistem peradilan Islam lebih mirip dengan sistem peradilan dalam tradisi *common law* yang berlaku di Inggris.[327] Fungsi hakim di peradilan Islam masa lalu mirip dengan fungsi hakim dalam tradisi *common law* sebagai *judges making law*. Mereka memutus perkara berdasarkan hukum yang hidup dalam masyarakat, misalnya seperti yang dipahami oleh para *jury* yang mewakili masyarakat dan yang diperlakukan sebelumnya oleh hakim-hakim terdahulu sehingga menjadi yurisprudensi, dan yang demikian itu menyangkut pentingnya ijtihad.

Ijtihad sebagai konsep dan metode menunjukkan dinamika hukum Islam. Ijtihad paling penting yang perlu dilakukan pada masa sekarang adalah ijtihad di lembaga legislatif, eksekutif dan yudikatif. Ketiga lembaga inilah yang mengendalikan kehidupan masyarakat di abad modern, khususnya di bidang hukum. Produk hukum yang lahir dari ketiga lembaga ini mempunyai kekuasaan memaksa dalam kehidupan warga negara.[328]

Pelaksanaan hukum Islam dalam sebuah negara modern, maka *tasyri'* dalam pengertian lembaga ligeslasi negara perlu mendapat kajian yang mendalam. Di beberapa negara Arab, *syari'at* Islam merupakan sumber hukum, tetapi *tasyri'* negara masih banyak bersumber hukum asing. Masalah ini berhubungan dengan sejarah kolonialisasi oleh penjajah di masa lalu yang memaksakan sistem hukum dan pilitiknya di negara Islam. Umat Islam mendirikan negara berdasarkan konsep-konsep yang berkembang di dunia

[327] Rifyal Ka'bah, *op. cit.*, hal. 50.
[328] *Ibid.*, hal. 51.

Barat, termasuk dalam bidang hukum. Syari'ah dan fikih memang selalu dipelajari dan diamalkan dalam tingkat kehidupan pribadi dan keluarga, tetapi tidak dalam konteks hukum modern yang membutuhkan kekuasaan negara untuk pelaksanaannya.[329]

Persoalan besar dalam legislasi hukum Islam antara lain adalah ketiadaan pengalaman ijtihad dalam lembaga legislasi. Pertanyaan yang harus dijawab sekarang adalah bagaimana menghidupkan praktek ijtihad dalam lembaga perwakilan rakyat.[330] Untuk itu, di samping memiliki integritas kepribadian yang teruji, pertama-tama diperlukan anggota DPR yang berkualitas keilmuan yang tinggi dari berbagai disiplin. Dengan itu diharapkan para wakil rakyat mampu menyingkapkan hukum-hukum baru untuk pengaturan kehidupan bermasyarakat dan bernegara yang semakin lebih canggih di masa depan, yaitu hukum-hukum kehidupan berupa peraturan perundang-undangan yang sejalan dengan hukum-hukum Allah. Salah satu politik hukum dalam rangka kodifikasi perundang-undangan Islam adalah pengembangan konsep ijtihad kolektif di lembaga eksekutif, legislatif dan yudikatif, melalui pembentukan lembaga kajian hukum Islam. Anggotanya terdiri ahli-ahli hukum Islam yang mempunyai kodifikasi memadai untuk melakukan ijtihad kolektif secara maksimal.

Untuk itu dapat dikatakan, apakah suatu Kompilasi Hukum Islam identik dengan *tasyri' Islami*. Dilihat dari sudut tata hukum suatu kompilasi belum tentu identik dengan undang-undang. Karena yang dimaksud dengan istilah

---

[329] *Ibid.*, hal. 55.
[330] *Ibid.*, hal. 57-58.

tasyri' ialah " peraturan perundangan yang disusun sesuai dengan landasan prinsip-prinsip yang terkandung dalam al-Qur'an dan Sunnah Rasul". Maka dilihat dari pengertian tersebut, materi hukum Islam yang disusun dalam Kompilasi hukum Islam, pada kakekatnya merupakan salah satu bentuk variasi dalam proses *tasyri' Islami* itu. Dengan demikian apabila dilihat dari sudut substansi (muatan hukumnya), maka Kompilasi Hukum Islam adalah merupakan satu bentuk *tasyri' Islami*.[331] Sebaliknya dilihat dari prosedur atau proses lahirnya yang tidak melalui DPR, maka ia tidak identik dengan suatu undang-undang. Namun perlu segera ditegaskan, apabila dikatakan demikian tidak berarti bahwa Kompilasi Hukum Islam tidak mempunyai keuatan mengikat. Melalui Inpres RI No. 1 tahun 1991, Kompilasi Hukum Islam dapat dianggap mengikat instansi pemerintah yang berwenang terutama badan-badan Peradilan Agama di Indonesia dan masyarakat Islam yang membutuhkan penyelesaian perkara-perkara dalam bidang perkawinan, kewarisan dan perwakafan. Daya pengikatnya tidak seperti undang-undang, tetapi lebih tinggi dari itu, pada kesadaran beragama Islam dan rasa tanggung jawab kepada Allah SWT.[332]

Dengan demikian, apabila dilihat dalam konsideran huruf b Inspres RI No. 1 tahun 1991, dengan tegas dinyatakan bahwa Kompilasi hukum Islam dapat digunakan sebagai pedoman oleh instansi pemerintah dan masyarakat yang memerlukannya dalam menyelesaikan masalah-masalah di bidang perkawinan, kewarisan dan perwakafan. Dengan demikian dapat disimpulkan

---

[331] H. M. Tahir Azhary, " Kompilasi Hukum Islam sebagai Alternatif: Suatu analisis Sumber-sumber Hukum Islam, " dalam *Mimbar Hukum No. 4 Thn. II 1991*, hal. 6.

[332] *Ibid.*, hal. 6.

bahwa Kompilasi Hukum Islam dapat berfungsi: (1) sebagai pedoman bagi instansi pemerintah, secara implisit yang dimaksudkan antara lain adalah lembaga-lembaga atau badan-badan Peradilan Agama sesuai kewenangan yang dimiliki menurut UU No. 7 Tahun 1989 Jo. Undang-undang No. 3 Tahun 2006, sebagai pedoman dan mengikat bagi hakim Peradilan Agama. Juga Kompilasi Hukum Islam sebagai hukum materiil atau hukum terapan di Pengadilan Agama, (2) dilihat dari segi unfikasi hukum, Kompilasi hukum Islam dapat pula berfungsi sebagai suatu kitab hukum yang mengakhiri berbagai ragam sumber hukum Islam yang selama ini berasal dari kitab fikih, dengan lahirnya Kompilasi Hukum Islam tersebut, maka para hakim Peradilan Agama dapat dengan mudah dan sangat praktis merujuk pada Kompilasi Hukum Islam. Seperti diketahui membaca kitab kuning tidak semua orang dapat melakukannya. Kecuali itu pendekatan yang digunakan melalui kitab fikif itu mungkin sudah tidak atau kurang relevan dengan keadaan masa kini. Dengan demikian, Kompilasi Hukum Islam dilihat dari sudut ini dapat pula dipandang sebagai salah satu alat rekayasa dalam pembaharuan hukum Islam di ndonesia, sesuai dengan kebutuhan masyarakat modern dalam era pembangunan nasional.[333]

Dengan demikian maka Kompilasi Hukum Islam dapat dijadikan sumber hukum Islam, dan ia dibangun berdasarkaan ijtihad dengan menggunakan *al-ra'yu*. Ia mengatur bidang *mu'amalat* yang dapat terus dikembangkan, sedangkan bidang *mu'amalat* yang diatur dalam al-qur'an dan

[333] *Ibid.*, hal . 3.

Sunnah Nabi hanya meletakkan prinsip-prinsip pokok ayau dasar, yang aplikasinya masih memungkinkan untuk dikembangkan oleh manusia melalui sumber hukum yang ketiga yaitu *al-ra'yu.*

Dilihat dari sudut al-Qur'an dan Sunnah Rasul, materi yang disusun dan dihimpun dalam Kompilasi Hukum Islam, meskipun tidak menyebut ayat-ayat al-Qur'an dan sumber-sumber Hadits, namun kompilasi tersebut sudah dapat dipastikan bersumber dari dan mengacu kepada al-qur'an dan Sunnah Rasul melalui buku-buku fikih yang ditulis para ahli fikih (*fuqaha*) pada masa yang lalu. Kecuali itu, terdapat pula hal-hal yang mungkin belum diatur dalam al-Qur'an dan Sunnah Rasul. Dilihat dari segi ini, maka masalah itu dipecahkan melalui ijtihad dengan menggunakan *al-ra'yu*, baik ijtihad individu (*fardhi*) maupun ijtihad kolektif (*jama'i*). Misalnya Pasal 185 Kompilasi Hukum Islam ayat (1) berbunyi: "ahli waris yang meninggal lebih dahulu daripada si pewaris maka kedudukannya dapat digantikan oleh anaknya, kecuali mereka yang tersebut dalam Pasal 173". Ketentuan tersebut dapat dianggap merupakan suatu kaidah hukum baru dalam hukum Islam. Dengan perkataan lain, ia dapat dikualifikasikan sebagai hasil ijtihad.[334]

Di bawah ini akan disampaikan tentang hal-hal yang menyanngkut pemasyarakatan Kompilasi Hukum Islam. Kehadilan Kompilasi Hukum Islam (KHI) merupakan rangkaian dari fenomena sejarah hukum nasioal yang dapat mengungkap makna ganda kehidupan masyarakat Islam Indonesia, terutama

[334] *Ibid.*, hal. 3.

tentang:[335] (1) adanya norma hukum yang hidup dan ikut serta bahkan mengatur interaksi sosial, (2) aktualnya dimensi normatif akibat terjadinya eksplanasi fungsional ajaran Islam yang mendorong tuntutan terpenuhinya kebutuhan hukum, (3) responsi struktural secara lebih dini terjadi sehingga pada akhirnya tersesuun sebuah rangcangan Kompilasi Hukum Islam, dan (4) alim ulama Indonesia mengantisipasi ketiga hal di atas dengan kesepakatan bahwa Kompilasi Hukum Islam adalah rumusan tertulis dari hukum Islam yang hidup dalam masyarakat di tengah kondisi hukum dan masyarakat Indonesia.

Berkaitan dengan itu, lebih lanjut mengenai bagaimana memasyarakatkan atau menyebarluaskan Kompilasi Hukum Islam. Sekurang-kurangnya tiga hal yang dapat dicacat dengan Inspres No. 1 tahun 1991 dan Keputusan Menteri Agama No. 154 tahun 1991, yaitu:[336] (1) perintah menyebarluaskan Kompilasi Hukum Islam tidak lain dari pada kewajiban masyarakat Islam untuk mengfungsionalisasikan eksplanasi ajaran Islam sepanjang yang mengenai normatif sebagai hukum yang harus hidup dalam masyarakat, (2) rumusan hukum dalam Kompilasi Hukum Islam berupaya mengakhiri persepsi ganda dari keberlakuan hukum Islam, dan (3) menunjuk secara tegas wilayah keberlakuan Kompilasi Hukum Islam dengan sebutan instansi pemerintah dan masyarakat yang memerlukannya, dalam kedudukan sebagai pedoman penyelesaian masalah di tiga bidang hukum dalam Kompilasi Hukum Islam.

---

[335] Abdul Gani Abdullah, " Pemasyarakatan Inspres No. 1 Tahun 1991 Tentang Kompilasi Hukum Islam," dalam *Mimbar Hukum No. 5 Thun. III 1992*, hal. 1.

[336] *Ibid.*, hal. 1-2.

Berbicara masalah pemasarakatan (sosialisasi) Kompilasi Hukum Islam, pada hakekatnya merupakan bahasan mengenai masalah berfungsinya hukum Islam dalam masyarakat Indonesia yang tercakup dalam bahasan sosialisasi hukum Islam di ndonesia. Di dalam teori hukum, dibedakan antara empat macam unsur belakunya hukum sebagai norma. Empat unsur itu adalah:[337] (1) norma hukum tersebut berlaku secara filosofis, artinya sesuai dengan cita cita hukum sebagai nilai positif yang tertinggi. Di dalam hukum Islam dikenal *maqashid al-syari'ah* dan *asrarut tasyari'* yang rumusan hukumnya dibentuk melalui *al-qawaid al-fiqhiyah*, (2) norma hukum berlaku secara yuridis atau *ushuliyyah*, yaitu apabila penentuannya didasarkan pada norma yang lebih tinggi tingkatannya dan dibentuk menurut metoda yang benar. Dalam hal hukum Islam, tentu saja berdasarkan al-Quur'an dan as-Sunnah, dengan memakai istinbath melalui ilmu *ushul fikih* dan *qawaidh al-fiqhiyyah*, (3) norma hukum berlaku secara legis, *legality* atau *qanuniyah*, artinya norma tersebut dapat dipaksakan berlakunya oleh pemerintah walaupun belum diterima oleh masyarakat. Jadi norma hukum itu dilembagakan melalui prosedur perundang-undangan, yang dikenal dalam hukum Islam denga "*taqnin*", dan (4) norma hukum berlaku seara sosiologis atau *waqi'ah ijtima'iyyah*, apabila norma tadi berlaku karena diterima dan diakui oleh masyarakat, karena keberadaan hukum hidup di tengah masyarakat. Hukum Islam di Indonesia sebagian besar dalam bentuk ini, yakni diterima oleh

[337] Sjechul Hadi Permono, " Sosialisasi Inspres No. 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam," dalam *Mimbar Hukum No. 5 Thn. III 1992,* hal. 2.

sebagian masyarakat Islam Indonesia, tetapi belum dalam bentuk perundang-undangan.

Dari keempat unsur tersebut, supaya hukum Islam dapat berfungsi dalam masyarakat membutuhkan faktor pendukung, berupa fasilitas yang dapat mendukung pelaksanaan hukum Islam tersebut. Dalam hal ini, berfungsinya Kompilasi Hukum Islam tergantung pada hubungan yang serasi antara KHI (sebagai perangkat aturan hukum), aparat penegak hukum (hakim Peradilan Agama) dan kesadaran hukum masyarakat yang diaturnya. Kepincangan pada salah satu unsur akan mengakibatkan bahwa seluruh sistem akan terkena pengaruh negatifnya.

Bagaimana Kompilasi Hukum Islam itu dapat berfungsi dalam masyarakat, untuk itu diperlukan proses pelembagaan hukum, agar menjadi bagian dari suatu lembaga sosial. Pelembagaan merupakan suatu proses di mana norma Kompilasi Hukum Islam itu dapat diketahui, dipahami, dinilai, dihargai, dijiwai dan ditaati oleh masyarakat, sehingga menjadi budaya dalam masyarakat. Masyarakat akan menghargai Kompilasi ukum Islam, kalau mereka benar-benar yakin bahwa hukum tersebut (KHI) benar-benar menjamin kemaslahatan hidupnya di dunia dan akhirat (*hasanah fiddunya wa hasanah fil akhirah*). Jadi proses sosialisasi ini adalah penyuluhan kesadaran Kompilasi Hukum Islam, untuk menanamkan pengertian pada masyarakat bahwa hukum Islam (KHI) itu merupakan sistem fasilitas dan dibutuhkan oleh mereka, karena hukum Islam (KHI) lah yang akan mengantarkan mereka ke tujuan untuk mencapai *maslahat* di dunia dan akhirat. Karena masyarakat akan

menghargai hukum Islam (KHI) kalau mereka benar-benar yakin bahwa hukum Islam (KHI) tersebut menjamin kedamaian dan kesejahteraan hidupnya yang diistilahkan "*maslahat*", baik *maslahat* individu (*maslahat fardi*) maupun *maslahat* sosial (*maslahat mujtama'i*).[338]

Jadi tugas hukum Islam (KHI) dalam bidang ini adalah sebagai sarana perubahan, merupakan "*al-alatut taghyir*" (*agent of change*), sarana pembentuk, penentu, pelopor perubahan terhadap perilaku hukum masyarakat. Salah satu proses sosialisasi hukum itu harus dilakukan melalui penyelenggaraan pendidikan hukum, baik pendidikan hukum formal, yang diselenggakan yang berupa program-program penyuluhan sebagai salah satu bentuk kegiatan pendidikan non formal bidang hukum. Adapun tujuan penyuluhan hukum adalah sebagai berikut:[339] (1) menjadikan masyarakat paham hukum Islam (KH) dalam arti memahami ketentuan-ketentuan yang terkandung dalam pereturan hukum (KHI) yang mengatur kehidupannya sabagai orang-perseorangan, dan (2) membina dan meningkatkan kesadaran hukum warga masyarakat sehingga setiap warga taat pada hukum secara sukarela tanpa dorongan atau paksaan dari siapapun melaksanakan hak dan kewajibannya sebagaimana ditentukan oleh hukum.

Dengan demikian, maka pemasyarakatan Kompilasii Hukum Islam dapat dilakukan melalui jalur:[340] (1) Jalur struktural, yaitu instansi pemerintah menjadi jalur penyebarluasan dengan dan kandungan yakni turut serta

---

[338] *Ibid.*, hal. 3.

[339] *Ibid.*, hal. 3.

[340] Abdul Gani Abdullah, Pemasyarakatan Inpres No. 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam, *op. cit.*, hal. 4-5.

menyebarluaskan dan memasyaratkan KHI disamping mempedomaninya bagi yang memerlukan. Dari sana terlihat bahwa instansi pusat dan rentang vertikalnya memegang peranan serta terutama seluruuh jajaran Departemen Agama. Penyuluhan dan pengenalan KHI menjadi salah satu alternatif yang tepat, (2) Jalur pendidikan, meliputi pendidikan formal dan non formal. Pada jalur pendidikan tingkat dasar dan menengah dilakukan dengan memasukkan KHI ke dalam buku teksnya meliputi nama pedoman bagi masyarakat Islam untuk menyelesaikan masalah perkawinan, kewarisan dan perwakafan. Tingkat pendidikan tinggi mengantisipasi KHI dengan menempatkannya sebagai salah satu bagian dari isi silabus dalam mata kuliah hukum Islam atau hukum keluarga Islam terutama pada Fakultas Hukum. Khusus Fakultas Syari'ah di samping *fikih munakahat* dan *fikih mawaris* juga perlu ditambah mata kuliah hukum perkawinan nasional. Jalur pendidikan non formal dapat digunakan seperti pengajian, kursus keahlian atau provesi seperti advokat, kepada juru dakwah atau *muballig* dapat diperankan sebagai orang yang amat berpengaruh bagi pemasyarakatan KHI.

Jalur pemasyarakatan yang lain (3) Jalur pemasyarakatan KHI melalui organesasi sosial kemasyarakatan dan keagamaan. Di sini dimaksudkan agar pemimpin masyarakat dan agama Islam dapat menjadi penyanggah penyampaian KHI kepada kelompok atau *jama'ahnya* sehingga dapat berperan aktif turut menyebarluaskan KHI, (4) Jalur media masa, dapat berperan besar dalam membentuk opini masyarakat pembaca. Dalam kaitan dengan pemasyarakatan KHI, media masa dapat membentuk opini masyarakat

pembaca sejalan dengan norma substansi KHI. Salah satu bentuk yang dapat ditawarkan adalah kesediaannya untuk memuat secara bertahap isi KHI atau dalam bentuk yang lebih baik, (5) Jalur publikasi bebas, di sini dimaknakan dengan penerbitan buku saku tentang KHI atau dalam bentuk analisis atau komentar. Demikian pula untuk perluasan jangkauan pemasyarakatan, KHI dapat diterjemahkan ke dalam berbagai bahasa asing, khusus bagi konsumsi pondok pesantren dan negara Arab, KHI perlu diterjemahkan ke dalam bahasa Arab, dan (6) Jalur kalangan profesi, dapat meliputi profesi hakim, pengacara, konsultan hukum dan notaris. Bagi kalangan ini diharapkan dapat menggunakan KHI pada bantuannya menyelesaikan permasalahan perkawinan, kewarisan dan perwakafan bagi mereka yang memerlukannya. Bagi notaris yang menyelesaikan secara notariat pembagian harta warisan, KHI dapat menjadi sumber tekstualnya.

4. 2 Ijtihad Hakim Peradilan Agama

4.2.1 Pengertian dan Relevansi Ijtihad dalam Pengembangan Hukum Islam

Ijtihad dalam Islam seperti yang dikutip oleh Amir Mu'allim sebagaimana dikatakan oleh Iqbal mengandung pengertian *the principle of movement*-daya gerak kemajuan umat Islam. Ijtihad merupakan kunci dinamika ajaran Islam, termasuk bidang hukumnya.[341].

[341] Amir Mu'allim, Metode Ijtihad Hukum Islam di Indonesia: Upaya Mempertemukan Pesan-pesan Teks dengan Realitas Sosial, *op. cit.*, hal. 13.

Kehidupan yang serba kompleks ini tidak pernah berakhir perubahan dan dinamikanya dan yang abadi itu perubahan dan dinamika itu sendiri. Hukum yang sudah dibuat dalam bentuk undang-undang atau hukum Islam dalam bentuk produk akal akan selalu kondisional dan ketingggalan atas perubahan dan dinamika kehidupan masyarakat yang dialaminya. Hukum (Islam) tidak pernah dapat tuntas menjawab permasalahan hukum yang terjadi di dalam masyarakat, atau dengan kata lain hukum telah selesai pembuatannya, tetapi kehidupan tidak pernah selesai perubahan dan dinamikanya. Apakah hukum (Islam) yang sudah selesai pembuatannya itu dapat menjawab persoalan kehidupan masyarakat yang tidak pernah selesai?

Untuk dapat menjawab persoalan di atas, perlu pengembangan hukum Islam dan pentingnya atau relevansinya ijtihad untuk menjawab tantangan zaman. Dan ini dapat dilihat di awal kebangkitan Islam, umat Islam memperlihatkan semangat ijtihad yang tinggi dan didasarkan kepada keahlian di bidang hukum Islam. Sejalan dengan itu, maka tiga setengah pasca wafat Rasulullah SAW. Merupakan perupakan periode formatif bagi hukum Islam. Kendali perkembangan hukum Islam yang pesat tersebut berada pada tangan para mujtahid yang tangguh dan handal dalam bidang ini.

Salah satu yang perlu dicatat, bahwa dalam usaha menggali makna al-Qur'an dan Sunnah Rasulullah SAW. Serta rahasia-rahasia hukum yang terkandung di dalamnya para mujtahid telah merumuskan metodologi ijtihad. Berkat penerapan metode ijtihad itulah hukum Islam berkembang dalam sejarah. Metodologi ijtihad itu saat ini dikenal dengan istilah "*ushul fikih*".

Melalui metodologi ini, al-Qur'an dan Sunnah Rasulullah di samping dapat dikembangkan dari segi kebahasaannya, juga dikembangkan dari segi substansinya. Perkembangan hukum Islam dari segi substansinya lebih besar kepastiannya dalam menapung masalah-masalah baru. Di samping itu, dengan berpegang kepada *ushul fikih* seorang *mujtahid* dapat memastikan posisi akal pikirannya dalam memahami wahyu, mana yang harus diterima apa adanya dan mana yang boleh atau harus melalui proses pemikiran akal. Dengan demikian, maka dinamika hukum Islam sesungguhnya terletak pada kontak antara faktor keluwesan hukum Islam sendiri di satu pihak dan faktor dinamika, kreativitas, keahlian para ulama, serta faktor metodologi yang mereka gunakan pada pihak lain. Ketiga faktor tersebut telah berjalan harmonis sepanjang sejarah pembentukan hukum Islam dan masa tiga setengah abad setelah Rasulullah Wafat.[342]

Seiring dengan tuntutan keadaan pada abad modern ini, orang sudah semakin medambakan sebuah sistem hukum dan perangkat-perangkatnya yang dapat memenuhi tuntutan mereka, maka perumusan metodologi ijtihad yang kontekstual menjadi hal yang tidak dapat ditawar-tawar lagi. Kemampuan untuk mengembangkan ide-ide wahyu sangat diperlukan, terutama ketika seorang ahli hukum Islam berhadapan dengan masalah-masalah baru, akibat dari perubahan dan perkembangan sosialdi kalangan umat Islam. Usaha yang sungguh-sungguh dalam pemikiran hukum Islam itu, tentu saja dipahami sebagai ekspresi dari seorang muslim yang telah terkondisi oleh doktrin

[342] Ahmad Tholabi Kharlie, "Al-Syaukani: Profil Pembaru Pemikiran Hukum Islam," dalam *Mimbar Hukum No. 53 Thn. XII 2001*, hal. 79.

wahyu yang menurut sifatnya memberi peluang kepada akal pikiran manusia untuk mengembangkannya.

Sikap kesungguhan dalam berijtihad dimaksudkan hanyalah dalam pengertian keleluasaan dalam ruang lingkup yang diizinkan oleh *syari'at* atau dalam ruang lingkup yang secara metodologis dapat diakui. Dalam kerangka tersebut akal pikiran mempunyai peluang, di satu sisi untuk memahami ayat-ayat hukum dan Sunnah Rasulullah yang menurut sifatnya dan kenyataannya amat banyak yang berkehendak kepada daya ijtihad, dan di sisi lain untuk mewujudkan tata cara bagaimana ide-ide tersebut terwujud menjadi tatanan hidup umat manusia. Dua hal tersebut, yaitu menyimpulkan ide-ide wahyu dan bagaimana mewujudkannya menjadi tatanan hidup manusia, menjadi lapangan bagi daya nalar manusia.

Ada empat tingkatan mujtahid disebutkan oleh Abu Zahrah dalam *kitab ushul fikih* yang telah dikitip oleh Satria Effendi M. Zein, sebagai berikut:[343]

a. *Mujtahid mustaqil*, yaitu seorang *mujtahid* yang mampu *mengistinbatkan* hukum dari sumber aslinya tanpa terikat dengan pendapat *mujtahid* lain, dan dalam praktek *istinbatnya* mempunyai rumusan metodologi (*ushul fikih*) sendiri. Umpamanya para *mujtahid* yang empat, yaitu: Abu Hanifah, Imam Malik, Imam Syafi'i, dan Ahmad bin Hambal;
b. *Mujtahid muntasib*, yaitu *mujtahid* yang dalam *mengistinbatkan* hukum terikat dengan metodologi *imam mujtahid mustaqil* tertentu, meskipun dari ijtihadnya tidak mesti sama dengan hasil ijtihad Imam mazhab.

[343] Satria Effendi M. Zein, "Pendidikan Syari'ah di IAIN dan Pembinaan Sikap Independen dalam hukum Islam," dalm *Mimbar Hukum No. 11 Thn. IV 1993*, hal. 29.

Contohnya, Abu Yusuf dari kalangan Hanafiyah, Al-Mujani dari kalangan Syafi'iyah, Ibnu Abdil Hakam dari kalangan Malikiyah, dan Ibnu Taimiyah dari Kalangan Hambaliyah. Tokoh-tokoh tersebut dalam berijtihad terikat dengan metodologi Imamnya masing-masing, sedangkan dalam masalah *furu'* (hasil ijtihad) banyak yang berbeda dengan hasil ijtihad Imam mazhabnya;

c. *Mujtahid fil mazhab*, yakni seorang *mujtahid* yang terikat dengan Imam *mazhab* tertentu, baik dalam metodologi *istinbat*, maupun dalam hasil ijtihad. Ia disebut *mujtahid*, karena usaha ijtihadnya dalam memecahkan hukum masalah baru yang hukumnya tidak diperoleh dalam fikih mazhabnya. Dalam hal ini, ia menggunakan metode *istinbat Imam mazhab* yang dianutnya;

d. *Mujtahid murajjih*, yaitu seorang *mujtahid* yang mengadakan ijtihad dalam bentuk *muqarranah* (perbandingan) antara pendapat-pendapat yang berbeda di kalangan ulama, menilai mana yang lebih kuat dalilnya. Tetapi mereka tidak pernak melakukan ijtihad dalam memecahkan masalah baru.

Mujtahid yang bagaimana di antara *mujtahid* di atas yang hendak diwujudkan masa kini. Yang paling ideal untuk diwujudkan di masa kini adalah *mujtahid* yang disebut pertama, yaitu *mujtahid mustaqil*. Namun bilamana tingkatan seperti itu sulit dicapai, maka setidaknya dapat diwujudkan satu model ahli hukum Islam yang independen, baik dalam metodologi maupun dalam hasil ijtihad. Artinya, dalam mengfungsikan warisan fikih-mazhab-mazhab, ia tidak terikat *mazhab* tertentu dan dalam ijtihad

memecahkan masalah batu ia memakai memakai metode *ushul fikih* gabungan dari berbagai aliran, sanggup memilih mana yang lebih relevandengan masa kini.[344]

Penguasaan dan wawasan metodologi sangat-sangat penting dalam upaya gagasan pembaharuan hukum Islam. Kita lebih cenderung untuk mendalami hukum Islam (fikih) yang siap pakai, dibanding mendalami metotologi bagaimana fikih itu terbentuk dan bagaimana membentuk fikih baru.[345] Metodologi sebagai pedoman seorang *mujtahid* untuk menarik hukum dari sumbernya. Kemampuan daya nalar diperlukan, karena untuk berijtihad diperlukan dua macam kemampuan, yaitu kemampuan untuk memahami atau mengetahui maksud syari'ah *(maqashid al-syari'ah)* dan kemampuan untuk menetapkan hukum berdasarkan maksud syari'ah itu. Untuk itu merurut Syathibi yang dikutib Satria Effendi M. Zein, yaitu seorang harus memiliki *malakat*, yaitu semacam bakat untuk berpikir serius, karena dengan itu kemampuan tersebut di atas dapat dipenuhi. Adapun kesungguhan dalam menggali warisan *ushul fikih* zaman silam diperlukan, karena dengan itu berbagai aliran *ushul fikih* dapat dijadikan bahan pilihan mana yang lebih layak untuk diterapkan.

Relevansi ijtihad untuk menjawab perkembangan zaman dalam upaya pengembangan hukum Islam tidak dapat dilepaskan *"tafaqquh fiddin"* yang mencakup atau meliputi semua segi pemahaman ajaran Islam dengan sasarannya adalah *"af'alul mukallafin"* atau dengan kata lain sasarannya

[344] *Ibid.*, hal. 29.
[345] *Ibid.*, hal. 30.

adalah manusia dan masyarakatnya. Perilaku dan kegiatan manusia serta dinamika dan perkembangan masyarakatnya yang semula merupakan gambaran nyata dari *af'alul mukallafin*, yang ingin dipolakan dalam tata nilai yang menjamin tegaknya suatu kehidupan beragama dan masyarakat yang *shalih* (baik). Demikian juga realitas sosial sebagai dasar pertimbangan berijtihad.[346] Misalnya ijtihad Umar bin Khattab yang tidak menerapkan hukuman *had* kasus pencurian pada waktu paceklik. Realitas sosial budaya yang berkembang pada suatu wilayah bukan saja bisa mempengaruhi penilaian para *fuqaha* terhadap data-data hukum dari sumber-sumber subsider seperti *qiyas*, *'urf*, *adat*, *istihsan*, *maslahah* dan sebagainya, tetapi juga bisa mempengaruhi penafsiran mereka terhadap *nash-nash syara'* dalam al-Qur'an dan al-Sunnah.[347]

Studi komprehensif yang telah dilakukan oleh pakar hukum Islam seperti al-qadhi Hasan, Imam Subki, Imam Ibnu Abd. Salam dan Imam Suyuthi, merumuskan bahwa kerangka dasar/umum dari hukum Islam (fikih) itu adalah:[348] (1) kepastian (*al-yaqin la yurfa'u bissyak*), (2) kemudahan (*addhararu yuzal wal masyaqqatu tajlibu taisir*), dan (3) kesepakatan bersama yang sudah mantab (*al-'adah muhakkamah*). Di samping penciptaan hukum yang aktual dan kontekstual sesuai kaidah (4) perkara itu sesuai

---

[346] Amir Mu'alim, *Metode Ijtihad Hukum Islam di Indonesia: Upaya Mempertemukan Pesan-pesan Teks dengan Realitas Sosial, Pidato Pengukuhan dalam Jabatan Guru Besar Bidang Ilmu Fiqh*, Disampaikan di depan Sidang Senat Terbuka Universitas Islam Indonesia, 17 Juni 2006, hal. 5.

[347] *Ibid.*, hal. 7.

[348] Ali Yafie, "Ke Arah Kontekstualisasi Fiqh," dalam *Mimbar Hukum No. 13 Thn. V 1994*, hal. 2.

dengan niatnya (*al-umuru bi maqashidiha*). Dan pola umum dari hukum Islam (fikih) itu ialah: *Kemaslahatan* (*i'tibarul mashalih*).

Keterkaitan hukum Islam (fikih) dengan kehidupan nyata dan dinamis lebih dapat terbaca bila mana kita menelusuri cara-cara interpretasi yang menghubungkan suatu hukum dengan latarbelakang kontekstual lingkungannya yaitu dengan mempertimbangkan/memperhatikan apa yang disebut *asbab nuzulil ayah* dan *asbab wurudil hadits*. Demikian pula bilamana kita menelusuri cara-cara pemecahan yang ditempuh oleh ahli hukum Islam *(fuqaha)* dengan adanya tingkat-tingkat pemecahan *lid dharurah* dan/atau *lil hajah* begitu juga dengan adanya tingkat-tingkat *mashlahah dharuriyyah, hajiyah* dan *tahsiniyah*. Ini berati bahwa kondisi-kondisi kontekstual mulai dari yang terburuk sampai dengan yang terbaik, turut dipertimbangkan dalam penerapan suatu ketentuan hukum *syar'i*.

Dari gambaran sepintas yang ditangkap di atas dapat dilihat seberapa jauh kontekstualisasi hukum Islam (fikih) itu telah berkembang dan bahwa tidak ada sesuatu hukum Islam (fikih) yang tekstual, terlepas dari konteks *asbab, syuruth dan mawani'*.[349] Para ulama mulai dari angkatan sahabat sampai pada *fuqaha mutaakhirin* tidak pernah berhenti dalam mengembangkan hukum Islam (fikih). Setelah *tasyri'* berakhir dengan wafatnya Rasulullah SAW. Segera pereode *tadwin* menyusul di mana unsur-unsur fikih (hukum Islam) itu diolah dengan metode ijtihad yang mengembangkan *ijma', qiyas* dan *istiqra'*. Seterusnya dalam *periode tahzib*

[349] *Ibid.*, hal. 3.

disempurnakan sistematikanya dan mengalami beberapa reformulasi sampai pada pembakuan formatnya. Seterusnya periode *taqlid* yang berlangsung cukup lama hasil-hasil yang telah dicapai pada periode-periode sebelumnya, dapat dipertahankan sehingga dapat diwariskan kepada periode *taqnin* yang kini telah berkembang.

Dalam studi hukum (Islam) dan masyarakat, terdapat kajian tentang upaya peningkatan fungsi hukum Islam (fikih) dalam kehidupan masyarakat dengan menampilkan citranya yang memungkinkan ia menyambung dengan kondisi umum dunia masa kini, yang *mashlahah* dan *hajahnya* sudah berkembang demikian rupa terutama bidang *mu'amalat*. Karena hukum Islam (fikih tetap dan senantiasa merupakan unsur penting dalam kehidupan beragama dan bermasyarakat.[350]

Oleh karena terdapat perubahan dan perkembangan kehidupan masyrakat yang sangat kompleks, maka perlu pengembangan studi hukum Islam khususnya di perguruan tinggi umum seperti Fakultas Hukum di Indonesia. Apalagi semakin mantapnya wewenang yang dimiliki Peradilan Agama dalam bidang perkawinan, kewarisan, perwakafan, dan ekonomi syari'ah dapat dijadikan kajian tentang hukum positif Islam di Indonesia. Melihat yang demikian, maka terdapat perkembangan studi hukum Islam di Fakultas Hukum, seperti (1) hukum Kewarisan Islam, (2) hukum perorangan dan kekeluargaan Islam, (3) hukum peradilan agama, (4) hukum zakat dan wakaf, (5) hukum ekonomi syari'ah, (6) hukum asuransi syariah, (7) hukum

[350] *Ibid.*, hal. 5.

pasar modal syari'ah, (8) hukum perbankan syari'ah, (9) hukum perjanjian Islam, dan sebagainya di samping mata kuliah hukum Islam itu sendiri yang merupakan kajian asas-asas hukum Islam sampai kajian metodologi pengembangan hukum Islam yang merupakan kajian fondasi sebelum ke tahap kajian yang disebutkan di atas.

Disamping studi hukum Islam, perlu juga studi pengembangan masyarakat Islam (*Islamic Community Development*) berkait langsung Undang-undang Peradilan Agama dengan melihat beberapa indikator, yaitu:[351] (1) bahwa dalam masyarakat itu terdapat hukum Islam yang menjadi bagian dari kesadarannya, (2) anggota masyarakat yang menjadi sasaran studi dan pengembangan adalah yang konsern dengan hukum itu, (3) tingkah laku dan interaksi sosial mereka diwarnai oleh tradisi keislaman sehingga budayanya memikiki nilai religiusitas yang tinggi, (4) di dalam masyarakat itu selalu terjadi proses transformasi intelektual atau reintroduksi hukum Islam baik informal melalui peradilan, dan (5) dalam masyarakat itu dijumpai adanya kesatuan tujuan untuk mewujudkan masyarakat yang diridhai Allah SWT.

Dari penjelasan di atas terlihat betapa pentingnya kajian hukum Islam, luas dan akrab dengan perubahan dan perkembangan masyarakat Islam. Jurusan ekonomi Islam terkait dengan berkembangnya hukum ekonomi melalui indikator ekonomi yang maju pesat. Maka dapat dikatakan bahwa pada tahun 2020 akan bertemu masyarakat ekonomi maju di mana di

[351] Abdul Gani Abdullah, "Peradilan Agama Pasca Undang-undang No. 7 tahun 1989 dan Perkembangan Studi Hukum Islam di Indonesia," dalam *Mimbar Hukum No. 17 Thn. V 1995,* hal. 10.

dalamnya terdapat masyarakat Islam dengan sumber daya manusia yang telah memahami permasalahan dan lingkup aplikasi ekonomi Islam, dan sejalan denga studi pengembangan masyarakat yang berorientasi pada lingkup masyarakat Islam. Suatu hal yang patut dicatat bahwa studi hukum Islam yang bersifat *"fiqhiyah"* telah terusik segi-segi sakralitasnya. Kedinamisan Hukum Islam makin dijadikan patokan bagi pengembangan hukum Islam dan seharusnya pula hal itu memberi sinyal kepada hakim pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama lebih berani memasuki arena aktualisasi segi-segi normatif dari ajaran agama Islam.[352]

4.2.2 Ijtihad Hakim Peradilan Agama

Berdasarkan Pancasila dan UUD 1945 terdapat tiga sendi utama tujuan berbangsa dan bernegara, yaitu cita-cita membangun dan mewujudkan (1) keadilan sosial, kesejahteraan umum atau kemakmuran rakyat, dan (2) tatanan masyarakat dan pemerintahan yang demokratis dan mandiri, dan (3) masyarakat dan pemerintahan berdasarkan hukum. Apabila ketiga tujuan tersebut dikaitkan dengan citra hukum yang diharapkan sebagai perwujudan cita hukum (*rechtsidee*), maka hukum merupakan instrumen untuk memujudkan ketiga sendi utama tujuan berbangsa dan bernegara tersebut.

Kaitan dengan itu, maka terdapat dua dimensi utama pembangunan citra hukum yang sesuai dengan sendi, falsafah dan cita bernegara dan berbangsa,

---

[352] *Ibid.*, hal. 12.

yaitu:[353](1) bangunan kaidah hukum yang berisi dan sekaligus menjadi instrumen keadilan sosial, demokrasi dan negara berdasarkan atas hukum, (2) bangunan penerapan dan penegakan hukum yang berkehendak dan memegang prinsip bahwa penerapan dan penegakan hukum harus dalam upaya memberikan dan mewujudkan keadilan sosial, demokrasi dan negara berdasarkan atas hukum.

Dengan memperhatikan hal tersebut di atas, maka harus dilakukan usaha-usaha membangun citra hukum sesuai dengan cita hukum secara integral, baik yang berkaitan langsung maupun tidak langsung dengan hukum. Usaha-usaha tersebut meliputi:[354](1) di bidang materi hukum, cita hukum hanya dapat dibangun apabila materi hukum berisi aturan-aturan yang menjamin dan mendorong terwujudnya keadilan sosial, masyarakat yang demokratis dan mandiri serta masyarakat dan negara berdasarkan atas hukum, (2) bidang penerapan dan penegakan hukum. Citra hukum hanya dapat dibangun apabila dapat dihilangkan unsur mengemukanya kekuasaan penyelenggara dan diganti dengan kekuasaan hukum, (3) harus ada dorongan untuk menumbuhkan masyarakat yang lebih egaliter baik dalam bidang sosial, budaya, ekonomi, maupun politik, sehingga tercipta masyarakat yang benar-benar duduk sama rendah dan berdiri sama tinggi, (4) membangun dan menempatkan profesi hukum sebagai kesatuan yang benar-benar independen dari kekuasaan pemerintah maupun politik yang ada, (5) membangun aparat penerap hukum yang bersih dari korupsi dan kolosi dalam melaksanakan

[353] Syamsuhadi Irsyad, "Menegakkan Citra Hukum," dalam *Mimbar Hukum No. 39 Thn. IX 1998,* hal. 39.
[354] ***Ibid.,*** hal. 39.

tugas-tugasnya, (6) meninjau kembali segala susunan aparatur penerapan dan penegakan hukum dengan cara lebih memfungsikan berbagai instansi penerapan dan penegakan hukum yang sesuai dengan tata penyelenggaraan pemerintahan yang normal, dan (7) pembaharuan secara menyeluruh sistem pendidikan hukum baik yang terstruktur dalam lembaga pendidikan hukum maupun di luar pendidikan hukum, sebagai tempat menyiapkan sumber daya manusia yang akan mendukung citra hukum.

Tindakan dan putusan dalam penerapan dan penegakan hukum merupakan instrumen kontrol untuk mengetahui ketepatan dan kekurangan suatu kaidah hukum untuk menjadi masukan bagi penyempurnaannya. Dengan demikian akan terjadi hubungan dinamis dan fungsional yang terus menerus antara kaidah hukum dengan tindakan dan putusan dalam penerapan dan penegakan hukum. Hubungan tersebut hanya akan terjadi apabila terdapat persamaan arah antara pembentuk hukum dengan penerapan dan penegakan hukum, dan dari ini maka pentingnya penerapan hukum Islam yang tidak dapat lepas dari ijtihad hakim Peradilan Agama dalam membangun citra dan cita hukum (*maqashid al-syari'ah*) yang diinginkan, yaitu keadilan.

Dengan demikian kedudukan hakim dalam penegakan hukum merupakan suatu nikmat yang agung, karena dengan itu keadilan Allah dapat ditegakkan di muka bumi. Begitu tingginya kedudukan hakim, tentu ada hubungannya dengan kemampuan untuk menegakkan keadilan. Apa yang dijanjikan oleh Allah SWT. Dalam sebuah ayat al-Qur'an *(Qs. 5:42)* yang maksudnya: "Dan apabila engkau memutuskan suatu perkara, putuskanlah

antara mereka secara adil. Bahwa sesungguhnya Allah mencintai orang-orang yang berbuat adil". Hal ni dapat dipenuhi apabila terpenuhinya persyaratan untuk menduduki jabatan hakim, baik yang menyangkut moral, maupun yang menyangkut kemampuan intelektual.[355]

Suatu hal yang mendasar dengan moral adalah kemampuan hakim untuk berbuat adil. Pengertian adil secara khusus dalam bidang ini diartikan sebagai kemampuan seorang hakim untuk menyelesaikan suatu perkara secara obyektif. Pengertian adil tersebut, oleh ahli hukum Islam dipandang sebagai manifestasi dari sikap adil dalam arti luas yang tertanam pada diri seseorang. Sikap adil seseorang dapat dikaitka dengan sikapnya sehari-hari, suatu potensi internal bagi seseorang yang mampu mengarahkannya kepada sikap hidup yang positif, mengantarkannya pada suatu akhlak yang mulia dalam kehidupan sehari-hari. Sikap adil juga dapat dilihat ketaatan seseorang dalam menjalankan agamanya. Seorang yang dalam sehari-seharinya taat menjalankan agamanya, sudah dapat dianggap adil, karena dengan itu diduga akan lebih kecil kemungkinan berlaku curang dalam mengadili. Adanya persyaratan sikap adil bagi seseorang hakim mudah dipahami, karena dengan itu keadilan dapat ditegakkan. Seorang hakim mampu memberikan ketauladanan yang positif bagi umat. Di samping itu, tugas hakim bukan hanya semata-mata menyelesaikan suatu sengketa, tetapi juga berusaha setidaknya mengurangi terjadinya sengketa.

---

[355] Satria Efendi M. Zein, "Ijtihad dan Hakim Peradilan Agama,", dalam *Mimbar Hukum No. 10 Thn. 10 1993*, hal. 39.

Adapun persyaratan adanya kemampuan intelektual, berarti bahwa seorang yang akan menjadi hakim perlu mempunyai kemampuan untuk berijtihad. Dengan demikian, kedua aspek tersebut, yakni aspek moral dan aspek intelektual saling melengkapi dalam melaksanakan tugas seorang hakim. Keduanya antara aspek moral dan aspek kemampuan intelektual merupakan suatu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan, apabila keduanya tidak saling menyatu mengakibatkan kepincangan dalam memutus suatu perkara yang diajukan kepada hakim yang menangani perkara yang diajukan kepada hakim tersebut.

Di bawah ini akan dijelaskan ijtihad bagaimana yang dibutuhkan bagi seorang hakim (Peradilan Agama). Islam adalah agama terakhir bagi umat manusia. Allah Maha Bijaksana dan Maha Mengetahui watak dan kebutuhan manusia ciptaan-Nya yang bersifat dinamis, realistis dan berkembang. Hal ini mengandung pengertian bahwa Islam yang dinyatakan sempurna di akhir hayat Rasulullah itu, benar-benar agama yang memiliki dinamika yang amat tinggi, yang mampu menampung segala persoalan yang ditimbulkan oleh perubahan dan perkembangan sosial. Dengan itu ajaran Islam dapat berlaku sepanjang masa, dalam berbagai kondisi dan lingkungan.

Sejalan dengan itu, seorang ulama besar pendiri *mazhab*, Imam Syafi'i R.A. pernah mengumandangkan prinsip tersebut dalam karyanya yang terkenal *Ar-Risalah*, bahwa tiap-tiap peristiwa yang terjadi pada diri seorang muslim pasti akan didapati hukumnya dalam wahyu Allah.[356] Persoalannya

[356] *Ibid.*, hal. 41.

adalah, bahwa wahyu sebagai sumber hukum itu, baik yang termaktub dalam al-Qur'an maupun yang berupa Hadits yang beberapa waktu kemudian dikodifikasikan, yang menyangkut hukum kuantitatif sangat terbatas jumlahnya. Dari jumlah yang terbatas itu, khususnya yang menyangkut ibadah, walaupun pada umumnya yang disebutkan dalam al-Qur'an hanyalah pikok-pokoknya saja. Adapun dalam bidang mu'amalah, hanya sebagian kecil yang disebut secara tegas dan rinci. Kebanyakannya berupa prinsip-prinsip dasar secara singkat yang dalam pelaksanaannya memerlukan aturan tambahan, dan ada pula yang berbentuk teks-teks yang tergolong tidak tegas yang memerlukan penafsiran. Maka dengan ini, terlihat dengan jelas urgensi ijtihad dalam hukum Islam.

Kata ijtihad berasal dari kata kerja dasar *"jahada"* yang berarti bersungguh-sungguh, mencurahkan segala kemampuan, atau menanggung beban. Ijtihad menurut arti bahasa adalah usaha optimal untuk mencapai suatu tujuan, atau menanggung beban berat.[357] Adapun menurut arti istilah ialah sebagai usaha pemikiran secara maksimal dari ahlinya dalam menemukan suatuu kebenaran dari sumbernya dari berbagai bidang ilmu keislaman.

Secara khusus ijtihad dalam bidang fikih (hukum Islam) istilah ini diartikan sebagai usaha pikiran secara optimal dari ahlinya, baik dalam menyimpulkan hukum fikih dari al-qur'an dan Sunnah, maupun dalam penerapannya. Batasan di atas menegaskan adanya dua bentuk ijtihad, yaitu: (1) ijtihad dalam menyimpulkan hukum dari sumbernya, dan (2) ijtihad dalam

[357] *Ibid.*, hal. 42.

penerapan hukum. Ijtihad dalam bentuk pertama biasa disebut *ijtihad istinbati*, sedangkan ijtihad dalam bentuk kedua dikenal dengan *ijtihad tatbiqi*. Dengan i*jtihad istinbati*, seorang *mujtahid* mampu menarik rumusan fikih, baik dari ayat al-Qur'an dan Hadits yang pada kenyataannya memerlukan daya pikir untuk memahaminya, maupun dari prinsip-prinsip atau tujuan umum *syari'at Islam*. Kemudian, rumusan fikih (hukum Islam) yang dihasilkan ijtihad itu, pada gilirannya hendak diterapkan kepada suatu masalah yang kongkrit. Usaha penerapan hukum ini, perlu pula kepada satu bentuk ijtihad, yaitu *ijtihad tatbiqi*.

Ijtihad bentuk yang kedua ini, adalah dalam bentuk penelitian secara cermat terhadap suatu masalah di mana hukum hendak diterapkan. Ijtihad bentuk ini diperlukan, untuk menghindari kekeliruan dalam penerapan hukum. Dalam *ijtihad istinbati*, kandungan ayat atau Hadits perlu dipahami secara teliti, baik mengenai bentuk hukum maupun tujuan (*maqashid al-syari'ah*) nya. Setelah itu melalui *ijtihad tatbiqi*, perlu pula secara teliti mengetahui permasalahan di mana hukum hendak diterapkan. Karena amat banyak masalah yang muncul pada permukaannya kelihatannya mirip dengan masalah-masalah yang dimaksudkan dalam al-Qur'an dan Sunnah, atau rumusan *fikih mazhab*. Namun, apabila diteliti secara seksama bisa jadi tidak sama disebabkan inti permasalahannya berbeda, sehingga hukumnya harus berbeda pula, sehingga di sini pentingnya *ijtihad tatbiqi*.

Mengenai kedudukan hakim di Indonesia diatur dalam kekuasaan kehakiman. Adapun kekuasaan kehakiman menurut Undang-undang Dasar

Negara Republik Indonesia tahun 1945 merupakan kekuasaan yang merdeka yang dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan di bawahnya dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi, untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Dalam Undang-undang Republik Indonesia No. 4 tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman, Pasal 16 ayat (1) dinyatakan: "Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya".

Hakim adalah pejabat negara yang berfungsi sebagai berikut, yaitu:[358]

1. Mengadili atau memberikan keadilan dengan melakukan kegiatan dan tindakan: (a) menelaah lebih dahulu tentang kebenaran peristiwa yang diajukan kepadanya, (b) mempertimbangkan dengan memberikan penilaian atas peristiwa itu serta menghubungkannya dengan peristiwa yang berlaku, dan (c) memberikan suatu kesimpulan dengan menyatakan suatu hukum terhadap peristiwa itu. Dalam melakukan peradilan, pengadilan harus mengadili berdasarkan hukum yang berlaku meliputi hukum yang tertulis dan hukum yang tidak tertulis. Hakim tidak boleh menolak untuk mengadili suatu perkara dengan alasan bahwa hukumnya tidak jelas. Di samping itu, hakim dalam mengadili tidak boleh membeda-bedakan orang dan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

---

[358] Taufiq, "Ijtihad Hakim Agama," Makalah Disampaikan Pada Seminar Nasional Hukum Islam dan Perubahan Sosial, di Semarang, Oktober 1990, hal. 2.

2. Menegakkan hukum, yaitu melaksanakan hukum yang berlaku dengan dukungan rasa keadilan yang ada pada dirinya.
3. Membentuk hukum, sebab peraturang perundang-undangan itu bersifat umum serta tidak dapat mencakup semua peristiwa dan keadaan yang sedang atau akan terjadi dalam masyarakat. Maka pembentukan hukum tidak hanya digantungkan kepada pembuat peraturan perundang-undangan, tetapi juga hukum itu dapat dikembangkan melalui putusan hakim di pengadilan.

Menurut Ilmu hukum, ada tiga pandangan mengenai fungsi hakim, pandangan tersebut, yaitu:[359]

1. Pandangan dari aliran *legisme*, yaitu pandangan yang menyatakan bahwa fungsi hakim hanya melakukan pelaksanaan undang-undang saja dengan cara *"juridische sylogisma"* yaitu suatu *deduksi logis* dari suatu perumusan yang luas (*proposisi mayor*) kepada suatu keadaan khusus (*proposisi minor*), sehingga pada kesimpulan;
2. Pandangan dari *"freie rechts beweging"*, yang menyatakan bahwa hakim berfungsi menciptakan hukum, maka ia dalam melaksanakan fungsinya tersebut tidak harus terikat oleh undang-undang;
3. Pandangan dari *"rechts vinding"*, yang menyatakan bahwa fungsi hakim yaitu melakukan *"rechts vinding"*, yaitu menyelaraskan undang-undang pada tuntutan zaman.

[359] *Ibid.*, hal. 3.

Dalam menerapkan peraturan perundang-undangan, terlebih dahulu hakim harus menafsirkan peraturan perundang-undangan. Menurut ilmu hukum ada tiga aliran dalam menafsirkan peraturan perundang-undangan, yaitu:[360]

1. Aliran *tekstual*, yaitu cara menafsirkan peraturan perundang-undanggan, pertama-tama dengan mengerahkan usaha untuk mengetahui kehendak hakiki dari pembuat undang-undang itu. Untuk itu dapat digunakan teknik tafsir gramatikal, sistemetis, historis dan *utility*. Kemudian apabila tidak terdapat ketentuan yang mengatur kasus yang dihadapi hakim, maka ia memperkirakan sikap pembuat peraturan perundang-undangan apabila dihadapkan masalah tersebut;
2. Aliran kontekstual atau historis, yaitu cara menafsirkan peraturan perundang-undangan sesuai dengan perkembangan sosial, politik dan ekonomi ketika penafsiran dilakukan dan bukan dengan jalan memperkirakan kehendak pembuatnya, tetapi dengan berpegang pada kehendak yang mungkin pada pembuatnya; dan
3. Aliran *ilmiah*, yaitu cara menafsirkan dengan: (a) berpegang pada *teks*, (b) apabila yang pertama tidak dapat dilaksanakan, maka berpegang pada sumber hukum lainnya yang sah, dan (c) apa bila yang kedua tidak dapat dilaksanakan, maka berpegang pada inti dari peraturan perundang-undangan serta sumbernya dan faktor-faktor yang mempengaruhi sehingga lahir norma hukum.

---

[360] *Ibid.*, hal. 6.

Dari aliran dalam menafsirkan peraturan perundang-undangan di atas, hakikatnya adalah upaya untuk melakukan ijtihad dalam penerapan keadilan, dengan demikian hakim pada Pengadilan Agama dalam melakukan fungsinya, yaitu berupaya melakukan *"social engineering"* sekaligus mempertahankan *"social order"*.

Upaya ijtihad dalam penerapan hukum dalam suatu kasus (*ijtihad tatbiqi*) tidak pernah terputus sepanjang masa, selama umat Islam bertikad baik untuk menerapkan ajaran Islam ke dalam kehidupan. Untuk itu pada diri seorang hakim harus terdapat dua kemampuan, yaitu kemampuan untuk menguasai hukum yang berkaitan dengan *"ijtihad istinbati"* dan kemampuan untuk menerapkannya dalam suatu kasus yang ditangninya disebut *"ijtihad tatbiqi"*.

Di bawah ini akan dijelaskan ijtihad hakim Peradilan Agama yang berkaitan dengan *ijtihad istinbati* dan *ijtihad tatbiqi*, sebagai berikut:

1. *Ijtihad istinbati*. Penguasaan hukum bagi seorang hakim merupakan syarat mutlak yang harus dapat dibuktikan. Penguasaan hukum meliputi penguasaan terhadap hukum Islam yang secara ekplisit tercantum dalam al-Qur'an dan Sunnah dan kemmampuan berijtihad dalam menyimpulkan hukum dari kedua sumber tersebut. Ijtihad hakim memuat hasil *ijtihad* dalam bentuk putusan pengadilan (yurisprudensi). Berbeda dengan hasil ijtihad para *mujtahid* teoritis (yang bukan hakim) akan menemukan beberapa perbedaan, di antaranya di mana hasil ijtihad para hakim yang *mujtahid* itu terbebas dari fikih pengandaian yang tidak praktis, seperti

yang banyak terdapat pada hasil ijtihad para *mujtahid teoritis*. Perbedaan itu disebabkan, selain kecenderungan seorang hakim untuk berpikir secara praktis, juga setiap hasil ijtihad mereka memang didasarkan atas kasus-kasus yang pernah diangkat dipengadilan. Sedangkan di pihak lain, para *mujtahid teoritis* lebih cenderung kepada pengembangan ilmu fikih secara ideal, baik yang sudah pernah terjadi, maupun yang diduga akan terjadi. Dengan demikian, *fikih iftiradli* (pengandaian) berkembang pesat dalam produk para *mujtahid teoritis*. Hakim agama telah dibekali dengan buku pedoman khusus seperti Kompilasi Hukum slam KHI).

Kaitan dengan ini, maka hakim dapat berijtihad berupa kemampuan untuk menafsirkan dan mengembangkan hukkum yang sudah tersedia. Dengan kemampuan ijtihad seperti ini diharapkan seorang hakim tidak akan "kehilangan akal" dalam menghadapi berbagai perkara, yang bisa jadi pada suatu kasus secara ekplisit hukumnya tidak tersebut dalam Kompilasi Hukum Islam. Usaha pengembangn hukum dalam undang-undang biasa disebut dengan: *Takhrijul ahkam 'ala nashshil qanun*, yakni pengembangn berdasarkan *teks* undang-undang. Metode yang digunakan antara lain dengan analogi (*qiyas*) dalam arti, bilamana inti permasalahannya sama, maka hukumnya dapat disamakan pula. Pada *analogi* bentuk ini, yang akan dijadikan *maqis 'alaih* (asal tempat mengqiyaskan) bukan hanya teks al-Qur'an dan as-Sunnah, tetapi *teks* hukum yang terdapat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang pada hakikatnya juga disimpulkan dari al-Qur'an dan as-Sunnah. Untuk mencapai kemampuan ini, perlu penguasaan terhadap

metodologi hukum Islam, seperti *ushul fikih* dan *qawa'id fiqhiyah*. Dengan penguasaan bidang ini, hakim akan menemukan berbagai metode lain untuk penafsiran dan pengembangan prinsip hukum.[361]

Selain Kompilasi Hukum Islam (KHI) para Hakim Pengadilan Agama dapat dibantu dengan literatur-literatur kitab fikih yang ada. Dengan merujuk kepada kitab-kitab fikih klasik, setidaknya para hakim akan mendapatkan gambaran jalan pikiran bagaimana menafsirkan dan mengembangkan suatu prinsip hukum, disamping tidak tertutup kemungkinan akan ditemukan rumusan hukum yang cocok dengan suatu perkara yang belum tercantum dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI).

2. *Ijtihad tatbiqi*. Ijtihad dalam bentuk ini berupa ijtihad penerapan hukum. Setelah *mujtahid* betul-betul mengetahui bentuk hukum *syar'i*, selanjutnya harus mampu menerapkannya secara benar pada suatu kasus yang dihadapi. Di sini yang diperlukan adalah, kemampuan seorang dalam melihat suatu kasus, bentuk hukum yang bagaimana yang cocok untuk diterapkan. Ijtihad dalam bentuk ini adalah menyangkut dengan pengamalan *syari'at* Islam ke dalam kehidupan kongkrit. Ijtihad dalam bentuk ini tetap relevan sepanjang waktu, selama umat Islam hendak mengamalkan agamanya. Hakim sebagai penerap hukum tidak cukup denga penguasaan hukum saja, tetapi juga mempunyai kemampuan untuk menerapkannya secara benar. Dengan demikian seorang hakim disamping menguasai hukum juga berkemampuan dan ketajaman pandangannya

[361] Satria Effendi M. Zein, "Ijtihad dan hakim Peradilan Agama," *op. cit.*, hal. 48.

dalam melihat suatu kasus dan latar belakangnya, serta mempunyai kemampuan dalam membedakan mana pernyataan yang benar dan yang bohong, yang hak dan yang batil.

Obyek kajian ijtihad bentuk ini bukan lagi al-Qur'an dan Sunnah, tetapi kasus-kasus yang dihadapi dan manusia dengan segala hal ihwalnya. Cara kerja *ijtihad tatbiqi* bagi seorang hakim merupakan suatu seni tersendiri. Semakin banyak mengadili perkara, semakin tinggi daya *ijtihad tatbiqinya.* Oleh sebab itu, *qadhi* Ghawts bin Sulaiman seorang hakim terkenal di penghujung abad ke dua di Mesir itu, sebelum ia diangkat menjadi hakim, sekian lama ia lebih dahulu berpengalaman di sebuah pengadilan. Setelah ia menjadi hakim, ia terkenal sebagai hakim yang tajam pandangannya dalam melihat permasalahan.[362] Pada suatu hari ke pengadilan yang dipimpinnya datang beberapa orang melaporkan, bahwa beberapa orang bersaudara hampir saja bertumpahan darah disebabkan dipihak wanita tidak setuju jika harta warisan orang tuanya dibagi dua berbanding satu antara anak laki-laki dan perempuan. Hakim Ghawts lalu memanggil ahli waris yang laki-laki agar mau berdamai dan merelakan harta warisan untuk dibagi sama banyak antara laki-laki dan perempuan. Akhirnya pihak laki-laki menyetujui. Namun putusan yang diambil *qadhi* Ghawts ini diprotes oleh sebagian ulama pada waktu itu, karena membuat suatu kesepakatan untuk menyalahi ketentuan al-Qur'an.

---

[362] *Ibid.*, hal. 50.

Dari kasus di atas, hakim Ghawts mengemukakan dua alasan, yaitu:[363] Pertama, dalam menerapkan suatu hukum harus melihat kepada dampak yang ditimbulkannya. Khusus pada kasus tersebut, bila mana kita tetap bertahan menetapkan ketentuan dua berbanding satu akan menimbulkan dampak negatif yang berbahaya, yaitu pertumpahan darah yang bertentangan dengan tujuan *syari'at* untuk mewujudkan ketenteraman. Keputusan seperti ini sudah pasti tidak dapat diperlakukan secara umum, tetapi khusus kepada kasus-kasus tertentu di nama *mafsadat* yang diakibatkan penerapan hukum itu akan lebih besar dibandingkan dengan *maslahat* dari penerapan hukum itu sendiri. Di sini terlihat hakim Ghawts secara jeli memakai metode *"an-nadzoru ilal-ma'alat"*, yaitu suatu metode yang memberi petunjuk bahwa seorang hakim dalam menerapkan hukum hendaklah melihat kepada dampak negatif dari suatu penerapan hukum. Bilamana dampak negatifnya akan lebih besar dibanding dengan *maslahat*nya, maka hakim perlu secara bijaksana mencari alternatif lain untuk memecahkannya, yang tetap berpegang kepada al-qur'an dan as-Sunnah.

Kedua, bahwa kasus tersebut ia tidak merasa telah menyalahi ketentuan al-Qur'an, karena jalan damai yang diambilnya itu adalah petunjuk al-Qur'an. Jadi apa yang dilakukannya itu tidak lebih dari perpindahan dari satu ketentuan kepada ketentuan lain yang masih dalam petunjuk al-Qur'an, disebabkan adanya pertimbangan khusus dalam kasus tersebut. Dari alasan-

[363] *Ibid.*, hal. 50 – 51.

alasan yang yang dikemukakan hakim Ghawst itu dapat dipahami, bahwa apa yang dilakukannya itu tidak dapat diperlakukan secara umum. Ia hanya berlaku pada kasus tertentu yang menghendaki kebijaksanaan tertentu pula. Dalam hal ini, sebagai seorang hakim, qadhi Ghawst telah mengfungsikan *ijtihad tatbiqi* secara bijaksana.[364]

4.2.3 Pengembangan Hukum Materiil dan Yurisprudensi Pengadilan Agama

Selama ini berbagai upaya telah dilakukan untuk memperkokoh kedudukan peradilan yang mengadili perkara khusus umat Islam. Untuk memantapkan kedudukan dan peranannya sebagai salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman di Indonesia, untuk itu tidak ada salahnya kalau memantapkan ke depan, melihat kemungkinan pengembangan hukum materiilnya.

Peradilan Agama seperti disebutkan di atas, adalah salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman dalam negara Republik Indonesia dan karena itu pulah pengembangan hukum materiilnya seyogyanya dilakukan dalam bingkai dan mengacu pada kerangka acuan pembangunan hukum nasional. Bertitik dari pandangan demikian, uraian berikut adalah penelusuran peluang yang ada di dalamnya untuk mengembangkan hukum materiil Peradilan Agama yang akan dipergunakan dalam proses pemberian keadilan berdasarkan hukum Islam (syari'ah) kepada orang-orang Islam di Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama di bawah pembinaan dan pengawasan teknis Mahkamah Agung.

---

[364] *Ibid.*, hal. 51.

Secara umum, dalam pembentukan dan pengembangan hukum materiil itu perlu diindahkan ketentuan yang memenuhi nilai-nilai sebagai berikut, yaitu: (1) nilai filosofis, yang berintikan rasa keadilan dan kebenaran, (2) nilai sosiologis, yang sesuai dengan tata nilai yang berlaku dalam masyarakat baik yang menyangkut budaya dan agama, dan (3) nilai yuridis, yang sesuai dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku. Untuk itu perlu dilakukan penataan (yang relevan) antara lain dengan penyusunan program dan atau proyek pengembangan Peradilan Agama (termasuk pengembangan hukum materiilnya) secara terarah dan terpadu, meningkatkan kualitas pembentukan hukum melalui yurisprudensi Peradilan Agama, meningkatan pembinaan, pengukuhan kedudukan dan peranan yurisprudensi sebagai sumber hukum, serta memperluas penyebaran yurisprudensi Peradilan Agama tidak hanya terbatas pada badan peradilan Agama saja, tetapi juga kepada kalangan penegak hukum di Peradilan Agama, perguruan tinggi dan masyarakat luas.

Hukum mareriil yang hendak dikembangkan di Pengadilan Agama adalah hukum perdata Islam mengenai (a) perkawinan, (b) kewarisan, wasiat, hibah, (c) wakaf dan shadaqah, sesuai kewenangan yang diberikan oleh Undang-undang No. 7 tahun 1989 kepada Pengadilan Agama untuk memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara-perkara di bidang tersebut. Hukum ini telah dihimpun dalam Kompilasi Hukum Islam di Indonesia dan telah pula disebar luaskan sesuai dengan Instruksi Presiden No. 1 tahun 1991 melalui Keputusan Menteri Agama Replublik Indonesia No. 154 tahun 1991, tanggal 22 Juli 1991. Kewenangan Pengadilan Agama tersebut di atas dikembangkan oleh Undang-undang No. 3

tahun 2006 Tentang Perubahan atas Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, yaitu: Tentang Hukum Ekonomi Syari'ah, yang terdapat dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syari'ah yang dikelurkan oleh Mahkamah Agung.

Kompilasi Hukum Islam (KHI), sesuai dengan konsiderans Instruksi Presiden dimaksud bersifat terbuka untuk dikembangkan, sesuai dengan perkembangan zaman dan pemenuhan kebutuhan hukum umat Islam Indonesia.[365]Pengembangan hukum materiil Peradilan Agama termasuk dalam kategori dimensi pembaharuan, yaitu usaha untuk melengkapi dan menyempurnakan hukum materiil Peradilan Agama yang kini dihimpun secara sistematis dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syari'ah yang dikeluarkan oleh Mahkamah Agung. Ini berarti bahwa dalam pengembangan hukum materiil Peradilan Agama, kita melengkapi apa yang belum ada dalam kompilasi itu dan menyempurnakan apa yang sudah ada di dalamnya.

Dilihat dari perangkat hukum nasional, disiplin hukum yang dikembangkan di lingkungan Peradilan Agama seperti telah disebutkan di atas, adalah hukum kekeluargaan, hukum kewarisan, hukum kesejahteraan sosial (termasuk hukum perwakafan di dalamnya), serta hukum ekonomi Islam (syari'ah). Disamping itu, perlu ditingkatkan kualitas pembentukan hukum melalui yurisprudensi Peradilan Agama. Peningkatan kualitas yurisprudensi peradilan Agama ini sangat tergantung pada kualitas dan wawasan hakim peradilan agama sebagai penegak hukum dan keadilan dalam menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai yang

---

[365] Mohammad Daud Ali, "Pengembangan Hukum Materiil Peradilan Agama," dalam *Mimbar Hukum No. 17 Thn. V 1994,* hal. 7.

hidup dalam masyarakat muslim.[366] Yurisprudensi adalah keputusan-keputusan hakim, adalakanya berupa yurisprudensi tetap dan yurisprudensi tidak tetap. Yurisprudensi tetap terjadi karena rentetan keputusan atau beberapa keputusan yang sama, yang disebut *"standaardarresten"*, yaitu keputusan yang dijadikan dasar bagi peradilan untuk memutus perkara yang sama. Dalam suatu *standaardarresten* hakim dengan jelas memberi penjelasan tentang suatu hal yang menimbulkan keraguan di kalangan ahli, karena itu *standaardarresten* menjadi pegangan yang teguh para ahli dan pengadilan, bahkan kadang kala lebih teguh dari peraturan perundang-undangan, apalagi kalau isi dan tujuan peraturan perundang-undangan itu tidak lagi sesuai dengan keadaan, dan karena itu pula tidak lagi memenuhi kebutuhan hukum masyarakat.

Untuk itu hakim tidak boleh menolak memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak atau kurang jelas, melainkan wajib memeriksa dan mengadilinya. Ini berarti bahwa hakim sebagai organ kelengkapan pengadilan dianggap mengetahui dan memahami hukum. Kalau ia tidak menemukan hukum tertulis atau hukum tertulis itu kurang atau tidak jelas ia wajib menggali hukum tidak tertulis untuk memutus perkara yang diajukan kepadanya berdasarkan hukum tidak tertulis itu atau memberi tafsiran terhadap hukum tertulis yang tidak jelas tersebut sebagai orang yang bijaksana, bertanggung jawab penuh mengenai keputusannya kepada Tuhan Yang Maha Esa, diri sendiri, masyarakat, bangsa dan negara.

---

[366] *Ibid.*, hal. 7.

Peraturan perundang-undangan biasanya hanya menentukan aturan yang bersifat umum saja, sedang pertimbangan tentang hal-hal kongkrit diserahkan kepada hakim. Ini berarti bahwa dalam hukum atau peraturan perundang-undangan ada ruang kosong yang dapat diisi oleh hakim, cara mengisinya dapat dilakukan dengan konstruksi, yakni pembuatan pengertian hukum baru yang sesuai dengan hukum yang bersangkutan. Oleh karena itu dalam sistem satu hukum tidak ada pertentangan karena semuanya merupakan suatu kesatuan yang logis, maka kalau hakim mengisi ruang kosong dalam hukum atau peraturan perundang-undangan, mengisi kekosongan itu tidak boleh bertentangan dengan pokok sistem hukum itu sendiri. Melakukan konstrusi, adalah mempergunakan akal secara logis dan sistematis dan konstruksi itu dilakukan oleh hakim kalau ia harus menjalankan hukum atau peraturan perundang-undangan.

Dengan demikian, kedudukan dan peran yang dilakukan oleh hukum Islam dalam pembangunan hukum nasional dan pengembangan hukum Islam sendiri, bahwa pengembangan hukum Islam dapat juga dipakai sebagai sumber bahan baku pembangunan hukum di Indonesia, selain ijtihad bersama melalui perundang-undangan, juga dapat pula dilakukan melalui yurisprudensi. Apalagi melihat keadaan obyektif masyarakat muslim Indonesia dan pengalaman pengembangan hukum Islam melalui "ijtihad bersama" di lembaga perwakilan rakyat tidak mudah, maka jalan yang paling baik untuk ditempuh dalam pengembangan hukum Islam adalah jalur yurisprudensi peradilan Agama. Pengalaman menggali asas-asas dan kaidah hukum Islam untuk dijadikan bahan baku penyusunan dan pengembangan hukum nasional melalui yurisprudensi

terbukti berhasil dengan baik waktu pembuatan Kompilasi Hukum Islam dahulu yang kini berlaku secara nasional dan karena itu merupakan bagian dari hukum nasional Indonesia.

Pengembangan hukum Islam melalui yurisprudensi adalah perlu dan baik, karena yurisprudensi itu selain dari menggambarkan keadilan yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat, juga selaras dengan kesadaran hukum masyarakat muslim Indonesia, asal saja para hakim Peradilan Agama yang membuat yurisprudensi itu, selain dari paham benar tentang hukum Islam juga memperhatikan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum pada umumnya yang terdapat dalam masyarakat.

Sebagai akibat perubahan kehidupan, maka terjadi perubahan yang cukup besar dalam bidang sosial, poltik, ekonomi dan budaya. Perubahan tersebut juga terjadi dalam lingkungan kehidupan keluarga. Kaum perempuan sekarang ini telah mendapat kesempatan untuk memasuki semua jenis, jalur dan jenjang pendidikan, sebagaimana kaum lelaki. Demikian halnya juga mereka memasuki semua lapangan pekerjaan. Mereka rata-rata tidak melangsungkan perkawinan sebelum mereka menyelesaikan studi mereka dan mendapatkan pekerjaan. Maka umur kawin rata-rata bagi laki-laki 30 tahun dan bagi perempuan 25 tahun.

Berkat kemajuan teknologi banyak pekerjaan yang dahulu hanya dapat dikerjakan oleh istri, sekarang ini dilakukan oleh suami. Di samping itu fungsi keluarga yang dahulu pernah dimilikinya seperti fungsi ekonomi banyak telah hilang. Dominasi suami dalam keluarga berangsur-angsur tergeser. Mobilitas keluarga meningkat dengan cepat. Akibatnya keluarga modern rata-rata hanya

menghendaki keluarga kecil. Perubahan-perubahan internal keluarga tersebut, di samping adanya globalisasi mengakibatkan adanya perubahan hukum keluarga. Dalam masyarakat modern struktur keluarga lebih condong ke arah keluarga inti. Kedudukan perempuan sederajat dengan kedudukan laki-laki.[367]

Hampir di semua masyarakat Islam moder telah terjadi pembaharuan hukum keluarga, seiring dengan perubahan sosial yang berdampak pada kuluarga. Batas minimal umur seorang untuk dapat melangsungkan perkawinan di batasi, demikian pula seorang suami dapat melangsungkan poligami apabila dapat ijin pengadilan dan denga syarat-syarat tertentu, bahkan di Tunisia poligami dilarang. Orang yang melakukan perkawinan poligami diancam dengan pidana penjara maksimal 2 tahun. Di Siria seorang suami yang mentalak istrinya tanpa dasar yang dibenarkan oleh *syari'at* dapat dihukum oleh pengadilan untuk menjamin mantan istrinya dengan nafkah selama 1 tahun. Di Pakistan seorang suami yang mentalak istrinya harus mendaftarkannya kepada pejabat yang ditunjuk dalam jangka waktu 90 hari dan apabila tidak didaftarkannya, maka talak tersebut tidak mempunyai akibat hukum. Sedang di sebagian besar di dunia Islam talak hanya dapat dilaksanakan di sidang pengadilan.[368]

Hukum kewarisan di sebagian negara Islam memberikan bagian tertentu kepada keturunan anak perempuan dan ahli waris pengganti melalui hibah wasiat. Sementara ini hukum kewarisan negara-negara Islam lainnya memeberikan kedudukan yang sama kepada ahli waris keturunan anak perempuan dengan

---

[367] Taufiq, "Lima tahun Undang-undang Peradilan Agama: Beberapa Pemikiran tentang Pengembangan Hukum Materiil dan Tenaga Teknis Peradilan Agama," dalam *Mimbar Hukum No. 17 thn. V/1994*, hal. 2.

[368] *Ibid.*, hal. 3.

keturunan anak laki-laki. Anak perempuan dapat *menghijab* saudara laki-laki dan perempuan sebagaimana anak laki-laki. Pembaharuan hukum tersebut dilakukan melalui pembentukan undang-undang tentang hukum keluarga, dengan cara memilih pendapat mazhab dan melakukan ijtihad baru.

Hukum perkawinan Islam yang termuat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) secara garis besar merupakan hasil pembaharuan hukum perkawinan Islam tidak tertulis berasal dari fikih Islam dengan mengdaptasikannya dengan konteks masyarakat Islam Indonesia modern. Demikian pula hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) hanya merupakan hukum kewarisan Islam tidak tertulis secara garis besar. Dari segi bentuk ia perlu dikembangkan ke arah hukum tertulis. Dari segi isi perlu dikembangkan antara lain mengenai kedudukan keturunan anak perempuan, *hajib mahjub*, pengaturan tentang derajat keturunan yang dapat menjadi ahli waris pengganti, pengaturan tentang anak angkat dan sebagainya.

Hukum hibah dan wasiat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) hanya merupakan hukum hibah dan wasiat Islam tidak tertulis secara garis besar. Oleh karena itu dari segi bentuk, hukum hibah dan wasiat tersebut perlu dikembangkan ke arah hukum tertulis, sedangkan dari segi isi perlu disesuaikan dengan perkembangan kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara Indonesia modern.

Hukum perwakafan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagian merupakan hukum tertulis, yaitu mengenai perwakafan tanah milik dan sebagian lain merupakan hukum perwakafan Islam tidak tertulis. Oleh karena itu dari segi

bentuk, hukum perwakafan tersebut perlu dikembangkan dan sekarang sudah diundangkan Undang-undang Perwakafan menjadi hukum tertulis. Sedangkan dari segi isi, perlu dikembangkan dan disesuaikan dengan perkembangan administrasi dan hukum harta kekayaan Indonesia modern.

Kompilasi Hukum Islam (KHI) tidak memuat hukum tertulis maupun tidak tertulis mengenai *shadaqah*. Oleh karena itu dari segi isi masih perlu penggalian dan pengembangan hukum *shadaqah* tidak tertulis dan kemudian perlu dikembangkan ke arah hukum tertulis. Ekonomi syari'ah menjadi wewenang absolud Peradilan Agama, sampai sekarang belum mempunyai hukum materiil tentang hukum ekonomi syari'ah, maka ke depan dari segi isi perlu penggalian dan diserasikan dengan kehidupan perekonomian masyarakat dan dari segi bentuk perlu dikembangkan ke arah hukum yang tertulis.

Dari butir-butir di muka telah dikaji pengembangan hukum terapan Peradilan Agama dari segi kebutuhan hukum. Lalu bagaimana jika dikaji dari syari'ah, yang norma syari'ah itu bukan merupakan dokumen legislatif, tetapi merupakan "deklarasi etika dasar Islami",[369] maka para hakim dan ahli hukum menciptakan aturan-aturan baru untuk menangani berbagai masalah hukum (kasus) yang muncul dari waktu ke waktu. Setiap hakim atau ulama menawarkan pendapat atau pemecahan perkara dengan mengikuti cara masing-masing. Hasil-hasil pemikiran ahli hukum Islam tersebut yang merupakan *resultante* antara

[369] *Ibid.*, hal. 4.

wahyu dengan penalaran (*ra'yu*) yang disebut fikih, dengan karakteristik antara lain:[370]

1. Ia selalu disajikan sebagai suatu yang unik yang tidak bisa dibandingkan dengan kebudayaan-kebudayaan lain. Tetapi sebetulnya fikih itu sangat banyak dipengaruhi oleh hukum dan yurisprudensi Rowawi Bizantium.
2. Fikih mula-mula berkembang secara kasuistis, tanpa rencana dan sistem, karena itu fikih tidak mempunyai teori, mengenai hukum, politik atau ekonomi, selain yang dikembangkan oleh Imam Syafi'i.
3. Fikih kurang memberi kebebasan kepada para *fukaha*, karena situasi politik sepanjang sejarah Islam, dan
4. Ada kekurangan independensi ijtihad, disebabkan oleh faktor luar. Keadaan ini memaksa *fukaha* untuk tidak mencari pendapat beru, tetapi mencari *hilah*. Pembaharuan hanya terbatas pada pemilhan terhadap pendapat dalam berbagai mazhab.

Pembaharuan hukum yang dilakukan oleh al-Qur'an adalah pembaharuan mengenai kedudukan perempuan, baik dalam bidang keluarga, sosial dan politik. Kedudukan istri dalam hukum adat pra Islam tidak jauh berbeda dengan kedudukan seorang budak wanita. Ia adalah milik suami, sebab dengan *shadaq* suami telah membelinya dari walinya. Oleh karena itu suami dapat menceraikannya kapan saja dan dimana saja, baik ada alasan maupun tidak. Bekas suami yang menalaknya dapat merujuknya tanpa batas,

[370] *Ibid.*, hal. 5.

sementara itu istri tidak dapat meminta cerai, kalau suami tidak menyetujuinya.

Di samping itu, anak perempuan tidak berhak mewaris sama sekali. Kemudian al-Qur'an memperbaharuinya dengan dekrit bahwa *mahar* adalah hak istri bukan hak wali dan fungsinya bukan untuk membeli. Suami dapat mentalak istrinya dengan cara serta syarat-syarat tertentu dalam jumlah talak maksimal tiga kali. Rujuk dibatasi, sementara itu anak perempuan dapat menjadi ahli waris sebagai mana anak laki-laki. Pembaharuan di atas merupakan hal-hal yang prinsip saja, bagaimana kita dapat menangkap *ruh* dan semangat (*maqashid al-syari'ah*) yang diajarkan oleh al-Qur'an itu untuk diterapkan masa kini.

Para ulama bersikap hati-hati terhadap pembaharuan tersebut karena hukum adat pra Islam mengakar sangat kuat dalam masyarakat Islam. Akibatnya pembaharuan tersebut hanya dianggap norma akhlak bukan norma hukum.[371] Di samping itu timbul permasalahan dasar, yaitu bagaimana kedudukan hukum adat pra Islam yang tidak dirubah tersebut. Sebagian besar ulama berpendapat bahwa hukum adat tersebut tetap berlaku. *Ulama' sunni* misalnya, berpendapat bahwa hukum kewarisan pra Islam tetap berlaku kecuali yang telah diperbaharui oleh al-Qur'an.

Ahli waris menurut mereka terdiri dari *ashabul furudl*, yaitu ahli waris yang bagiannya telah ditentukan dengan pasti oleh al-Qur'an, *ashabah* adalah laki-laki keturunan menurut garis laki-laki dan *zawul arham* adalah kerabat

---

[371] *Ibid.*, hal. 6.

menurut garis perempuan. Ahli waris kedua dan ketiga berasal dari konsep hukum adat Arab pra Islam. Sementara itu *ulama Syafi'i* berpendapat bahwa sistem kekerabatan masyarakat Arab pra Islam (suku) telah dihapus oleh *al-Qur'an.* Menurutnya ahli waris hanya dibagi menjadi dua, yaitu *dzawul furudl* dan *dzul qarabat*, yaitu laki-laki maupun perempuan yang mempunyai hubungan darah baik melalui garis laki-laki maupun perempuan.

Dengan demikian mereka membagi ahli waris menjadi tiga kelompok, yaitu: (1) kelompok pertama, terdiri dari anak laki-laki mapun perempuan serta keturunan mereka, ibu dan bapak, (2) kelompok kedua, terdiri dari saudara laki-laki maupun perempuan serta keturunan mereka dan nenek laki-laki maupun perempuan dari pihak ayah maupun ibu, (3) kelompok ketiga, terdiri dari paman, bibi serta keturunan mereka. Sedang suami atau istri dapat masuk ketiga golongan tersebut.

Golongan ahli waris kelompok kedua tidak berhak mewaris, selama ahli waris kelompok pertama masih ada dan ahli waris kelompok ketiga tidak berhak mewaris selama ahli waris kelompok kesatu dan kedua masih ada. Di Indonesia ada tiga aliran dalam hukum Islam, yaitu: aliran tradisional, aliran pembaharu, dan aliran neo pembaharu. Aliran pertama dalam memecahkan masalah hukum hampir selalu merujuk kepada teks-teks kitab fikih. Aliran kedua dalam memecahkan masalah hukum merujuk kepada al-Qur'an dan *Sunnah.* Sedangkan aliran ketiga, memandang al-Qur'an dan Sunnah sebagai metoda bukan sebagai substansi. Dari uraian di atas dapat ditarik kesimpulan, bahwa dari segi ilmu hukum Islam, pengembangan hukum terapan Pengadilan

Agama mungkin dilakukan, tetapi dari segi sosiologis pengembangan tersebut sangat sulit, karena adanya aliran-aliran di kalangan umat Islam tersebut.[372]

Secara konstitusional Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang menghimpun, [373]hukum terapan Pengadilan Agama setelah dikaji ulang dapat dikembangkan menjadi kodifikasi atau setidak-tidaknya bagian-bagiannya yang berbentuk hukum tidak tertulis dikembangkan menjadi hukum tertulis dalam bentuk perundang-undangan, yaitu dengan membuat formulasi Rancangan Undang-undang Keluarga Islam, Rancangan Undang-undang Kewarisan Islam, Hibah dan Wasiat, Rancangan undang-undang Hukum Ekonomi Syari'ah.

Bahan pokok Rancangan Undang-undang tersebut ialah materi Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan yurisprudensi Peradilan Agama selama menerapkan Kompilasi Hukum Islam (KHI). Berdasarkan pengalaman kehidupan bernegara selama ini dan kondisi masyarakat Islam sebagaimana diuraikan di atas, dari segi politis dan sosiologis, terwujudnya rencana kegiatan pengembangan hukum terapan Peradilan Agama tersebut cukup sulit karena perlu langkah-langkah persiapan antara lain, yaitu kegiatan kondisioning dan kegiatan penelitian.[374] Kegiatan kondisioning berupa peningkatan pemasyarakatan Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, Jo. Undang-undang No. 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Terhadap Undang-undang No. 7 tahun 1989 Tentang Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam (KHI), serta penerapan dan pengembangan materi kompilasi Hukum Islam (KHI) melalui keputusan Pengadilan Agama dan Mahkamah Agung.

---

[372] *Ibid.*, hal. 6-7.

[374]. *Ibid.*, hal. 8.

Penelitian dilakukan dengan mengkaji ulang Kompilasi Hukum Islam (KHI) dari segi *law drafting* dan penerapannya dalam praktek. Dengan demikian bahwa hukum terapan Peradilan Agama yang dihimpun dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) secara konstitusional dan dari segi ilmu hukum Islam perlu dan mungkin dikembangkan menjadi Hukum Keluarga Islam.

4.2.4 Hukum Kasus dan Hukum dalam Fungsi Mengatur

Fungsi hakim adalah mendamaikan dan memutus perkara yang diajukan kepadanya. Adapun perkara yang diajukan kepadanya merupakan hukum kasus suatu kejadian atau disebut "kasuistis". Mengapa dikatakan demikian, walaupun perkara sama, akan tetapi nuansa maupun yang melatarbelakangi kasus perkara itu dapat berbada-beda disebabkan adanya waktu kejadian dan tempat kejadian yang berbeda pula.

Fakta dan peristiwa yang melatarbelakangi sengketa atau perkara, yang harus dibuktikan di Pengadilan Agama adalah suatu yang telah terjadi, lalu hakim setelah memperhatikan segala keterkaitan hubungannya mencarikan hukum yang paling tepat untuk kasusu tersebut. Jadi hukum yang berlaku di pengadilan adalah hukum kasus, bukan hukum dalam fungsi mengatur. Hukum kasus dibedakan dengan hukum dalam fungsi mengatur, karena hukum dalam fungsi mengatur bersifat netral, lepas dari konteks fakta dan peristiwa. Hukum kasus diistilahkan dengan *"ahkam nafs al-waqi'* " atau *"ahkam da'wa al-waqi'* ", sedangkan

hukum dalam fungsi mengatur diistilahkan dengan *"ahkam hifz al-huquq"*.[375] Hukum kasus adalah hukum sengketa atau perkara, sedangkan hukum dalam fungsi mengatur adalah hukum di luar sengketa. Adapun cara menemukan hukum materiil atas kasus di pengadilan, yakni melalui hukum acara dan pembuktian, dinamakan *"turuq al-hukm"* , sedangkan cara menemukan hukum materiil di luar kasus perkara di pengadilan dinamakan *"turuq hifz al-huquq"*.

Dengan demikian hukum acara (perdata) disebut hukum proses, karena hukum yang akan diputus atau ditetapkan oleh hakim masih dalam proses pembuatan, masih dicari bentuk putusan hukumnya. Pencarian tersebut melalui fakta-fakta dan peristiwa-peristiwa, yang setelah terbukti pembuktiannya dengan alat-alat bukti yang sah, barulah ditemukan dalam bentuk putusan atau penetapan hakim, akan tetapi putusan atau penetapan itu sediri untuk kekuatan pastinya masih harus menunggu sampai ia mempunyai kekuatan hukum yang tetap (*inkracht*).

Hukum acara termasuk hukum pembuktian hanyalah mengabdii kepada dan untuk kepentingan hukum materiil. Artinya hukum bahwa hukum acara termasuk hukum pembuktian harus mengikuti perkembangan hukum materiil dan hanya dipergunakan bila tidak bertentangan dengan hukum materiil. Karena hukum acara termasuk hukum pembuktian hanyalah mengabdi kepada dan hanya untuk kepentingan hukum materiil, maka hukum kasus di segi materiil dan disegi acara termasuk pembuktian akan saling mempengaruhi.

---

[375] Roihan A. Rasyid, " Hukum Kasus dan Hukum dalam Fungsi Mengatur (Terapannya di Pengadilan Agama," dalam *Mimbar Hukum No. 19 Thn. VI 1995,* hal. 15.

Hukum dalam fungsi mengatur untuk memelihara hak-hak secara umum, seperti anjuran memakai saksi dalam mu'amalah tidak tunai. Adapun mu'amalah tetap sah sekalipun tidak memakai saksi, akan tetapi jika terjadi kasus perkara, maka mu'amalah yang tidak memakai saksi dan diingkari oleh pihak lawan, akan dianggap tidak ada. Hukum dalam fungsi mengatur untuk peristiwa yang umum bisa terjadi dimasyarakat, seperti kewajiban adanya dua orang saksi dalam *akad nikah*. Akan tetapi bla terjadi sengketa perkara di pengadilan, adanya nikah dapat pula dibuktikan dengan selain saksi, yaitu dengan akta nikah. Kewajiban adanya empat orang saksi untuk menjatuhkan hukuman *had zina* atau *rajam*, tetapi pembuktiannya di muka pengadilan dapat pula dengan bukti pengakuan, bukti persangkaan, bahkan dengan bukti sumpah *lian*.[376]

Memang yang dihadapi hakim adalah putusan mengenai kasus tertentu dan putusan yang dijatuhkan merupakan kasus yang berhubungan dengan perkembangan hukum, sehingga pada hakekatnya kasus yang diputuskan berkaitan erat dengan perubahan sosial, perbedaan tempat dan waktu, kemungkinan kasus tersebut belum diatur dalam perundang-undangan, sehingga diperlukan penciptaan hukum baru, atau sudah diatur dalam perundang-undangan, tetapi tidak sesuai lagi dengan nilai kesadaran masyarakat atas perubahan sosial, sehingga diperlukan penafsiran dan modifikasi.

Hukum kasus yang dihadapi oleh hakim pengadilan (agama) dimungkinkan sudah diatur dalam ketentuan peraturan perundang-undangan, namun apa yang dirumuskan di dalamnya terlampau umum, sangat bersifat abstrak, tidak sesuai

---

[376] *Ibid.*, hal. 16.

dengan kepentingan umum, maka dalam menghadapi sifat peraturan perundang-undangan yang seperti itu, dituntut suatu keharusan kemampuan penafsiran undang-undang dari hakim. Dalam keadaan yang mengharuskan hakim melakukan interpretasi agar suatu peraturang perundang-undangan yang umum, abstrak dan bertentangan dengan kepentingan umum dapat menjawab menyelesaikan kasus kejadian *konkreto*, yang diperlukan suatu sistem yang lazim disebut *"judge made law"*. Maka pembuktian hukum kasus, yakni menemukan hukum materiil melalui perkara di pengadilan lebih leluasa daripada menemukan hukum materiil di luar perkara pengadilan atau pada hukum fungsi mengatur. Sebagai contoh, hakim boleh memutus perkara berdasar *an-nukul* dan atau *an-nukul 'ala al-yamin al-mardudah* (pihak menolak mengucapkan sumpah yang diperintahkan oleh hakim pada sumpah pelengkap satu orang saksi dan atau menolak mengucapkan sumpah yang dikembalikan pihak lawan pada sumpah pemutus). Begitu pula hakim boleh memutus dengan *al-yamin ma'a asy-syahid* (satu orang saksi plus sumpah dari pihak yang memiliki saksi tersebut).[377]

Pada hukum dalam fungsi mengatur (*turuq hifz al-huquq*) al-Qur'an menyebutkan bahwa alatnya hanyalah dua orang laki-laki atau seorang laki-laki bersama dua orang perempuan. Akan tetapi dalam *Surat an-Nisa'* (QS. 59: 105) dinyatakan: "Sesungguhnya Kami telah menurunkan al-Qur'an kepadamu dengan membawa kebenaran supaya kamu mengadili antara manusia dengan apa yang Allah telah wahyukan kepadamu". Maka *an-nukul* dan atau *an-nukul 'ala al-yamin al-mardudah, al-yamin ma'a asy-syahid,* itulah yang dimaksud dengan

[377] *Ibid.*, hal. 17.

"apa yang Allah telah wahyukan kepadamu". Hal ini bukan berarti bertentangan atau merupakan tambahan atas *nash al-Qur'an.*

Bila uraian di atas dihubungkan dengan praktek di pengadilan Agama, maka dalam melihat kasus perkara yang beragam, lebih-lebih yang bersifat komulasi (sesuai dengan gugatan atau permohonan yang diajukan oleh pencari keadilan), maka pertama-tama hakim akan mendudukkan dahulu pokok perkaranya atau kasusnya (*case position atau nafs waqi' atau da'wa al-waqi'*). Setelah itu hakim akan melihat bagaimana hukum-hukum materiil yang berkaitan dengan kasus itu, yaitu hukum materiil Islam dan peraturan perundang-undangan Republik Indonesia yang relevan dengan kasus itu, yang bersifat umum maupun yang bersifat khusus, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis, untuk diukurkan kepada kasus tersebut. Kemudian hakim akan menarik kesimpulan sesuai dengan bukti-bukti yang diajukan dan yang cocok dengan kasus tersebut. Akan tetapi dalam kasus yang bersifat komulasi, hukum yang persis sesuai dengan kasus itu "jarang ditemui", yang dengan sendirinya membawa konsekuensi pula di segi pembuktiannya. Di sinilah letak kesulitan dan tanggung jawab hakim dalam menghubungkan fakta-fakta atau peristiwa, mendudukkan kasusnya serta mempergunakan pembuktian dan hukum yang relevan. Untuk itu dalam menghadapi perkara atau kasus yang demikian itu, maka seorang hakim harus berpikir global, dan bertindak lokal atau khusus (*'am an-nazari wa khas al-'amali*).

Dalam menghadapi *particular case* atau sengketa perkara yang belum di atur dalam peraturan perundang-undangan, diperlukan cara penyelesaian khusus

sesuai dengan pertumbuhan kesadaran dan perubahan sosial, atau kasus tersebut telah diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun yang dirumuskan di dalamnya, terlampau umum, sangat bersifat abstrak, tidak sesuai dengan kepentingan umum, maka dalam menghadapi sifat peraturan perundang-undangan yang seperti itu, dituntut suatu keharusan kemampuan menafsirkan undang-undang dari hakim (*interpretation of tsatute*).

Dalam keadaan yang mengharusan hakim melakukan interpretasi agar suatu peraturan perundang-undangan yang umum, abstrak dan atau bertentangan dengan kepentingan umum untuk dapat menjawab penyelesaian kasus kejadian *konkreto* diperlukan suatu sistem yang lazim disebut *"judge made law"*. Fungsi hakim sebagai *jude made law* dalam menyelesaikan perkara tertentu melalui penafsiran undang-undang, ini hanya terbatas bersifat *case law* (penyelesaian kasus tertentu yang mengandung *partucular case* dan *particular reason*). Dengan demikian fungsi *jadge made law* melalui penafsiran undang-undang, terbatas untuk menambah putusan baru (*addition of new decesion*) tentang peristiwa *konkreto* yang berhubungan dengan kejadian kasus tertentu (*particular case*).

Patokan penafsiran yang dibenarkan, pada prinsipnya berpegang pada acuan:[378] (a) kasus perkara *inkonkreto*, tidak persis sama dengan rumusan undang-undang. Pada kejadian seperti ini, penafsiran dilakukan dengan cara memberi makna atau menentukan arti suatu ketentuan undang-undang, sepaya ketentuan undang-undang tersebut dapat dipergunakan dan diterapkan dalam menyelesaikan dan memutus perkara yang disengketakan, (b) redaksi undang-undang yang

[378] Yahya harahap, "Pengembangan Yurisprudensi Tetap (Bagian Pertama)," dalam *Mimbar Hukum No. 15 Thn. V 1994*, hal. 71.

bersifat umum, abstrak dan bertentangan dengan kepentingan umum. Dalam kasus seperti ini, hakim melakukan penafsiran undang-undang yang bersangkutan dengan cara memberi isi kongkrit ke dalam rumusan kaidah undang-undang dimaksud, sesuai denga kejadian perkara yang disengketakan, dan (c) Undang-undang yang bersangkutan belum mengatur. Menghadapi kejadian seperti ini, hakim berwenang mencipta *judge made law* sebagai keharusan. Secara obyektif dan realistik, hakim dalam melaksanakan fungsi dan kewenangan peradilan dalam menyelesaikan sengketa sering dihadapkan pada kausu tertentu *(particular case)* yang belum diatur dalam undang-undang, atau ada diatur dalam undang-undang, tetapi perumusannya sangat umum, abstrak dan bertentangan dengan kepentingan umum, maupun rumusannya tidak sesuai dengan kepatutan.

Selain itu, ada beberapa faktor yang menjadi landasan atas keharusan yang menempatkan hakim berperan sebagai *judge's as law maker*, yaitu:[379] (1) peraturan perundang-undangan bersifat konserfatif, (2) tidak pernah dijumpai undang-undang yang sempurna, dan (3) tanggung jawab penegakan kebenaran dan keadilan berada dipundak hakim.

Tujuan menciptakan hukum melalui kodifikasi undang-undang, dimaksudkan untuk memepertahankan dan memantapkan suatu suasana dan tatanan tertentu sesuai dengan gerak ruang waktu dan tempat. Setelah keadaan dan tatanan itu dipertahankan dan dimantapkan oleh peraturan undang-undang yang bersangkutan, eksistensi dan substansinya langsung membeku dan konserfatif. Dalam keadaan yang demikian, undang-undang sebagai pranata

[379] *Ibid.*, hal. 72-74.

hukum akan berperilaku reaktif terhadap segala perubahan dan nilai-nilai baru. Seolah-olah undang-undang tidak mau bergeser dari kemantapan dan kemapanan yang telah tercipta.

Sebaliknya pada sisi lain, nilai-nilai kesadaran terus berubah, menggeser nilai lama. Perubahan dan pergeseran kesadaran masyarakat (*social change*), tidak pernah berhenti, terus berlanjut dan berlangsung dari waktu ke waktu tanpa mengenal perhentian. Akibatnya hukum yang dikodifikasi dalam bentuk undang-undang ketinggalan dimakan waktu, ditinggalkan oleh arus perubahan yang senakin dinamis. Akan tetapi secara formil, undang-undang telah diakui sebagai satu-satunya alternatif sumber hukum yang memiliki legalitas sebagai alat penegakan hukum untuk menyelesaikan persengketaan, terkadang kalau isi ketentuannya diterapkan secara *stict law* sesuai dengan *teks* yang dirumuskannya, bisa menimbulkan ketidak adilan. Menghadapi kenyataan yang seperti itu, dikaitkan dengan tujuan peradilan, maka sangat beralasan memberi kewenangan kepada hakim untuk melakukan penafsiran, agar penerapan undang-undang dapat mencapai nilai kebenaran dan keadilan.

Di samping itu tidak pernah dijumpai undang-undang yang sempurna. Pembuat Undang-undang (Badan *Legislatif*), kemampuan dan daya prediksi serta rekayasa mereka sangat terbatas. Bertitik tolak dari hakekat keterbatasan tersebut sejak semula dapat diperkirakan, bahwa setiap kodifikasi undang-undang pasti mengandung kekurangan dan kelemahan. Terkadang hal yang sangat mendasar adalah pada waktu undang-undang itu berhadapan dengan peristiwa *konkreto,* tidak mampu memberikan penyelesaian yang konstruktif.

Meskipun pada saat kodifikasi undang-undang sudah dikaji dan dibahas dari berbagai aspek, sehingga telah dianggap sempurna, akan tetapi pada saat undang-undang dinyatakan berlaku, sudah banyak masalah *konkreto* yang sama sekali tidak pernah terpikirkan dan diperhitungkan pada saat pembuatan undang-undang itu. Sehubungan dengan kenyataan ni, sangat beralasan untuk memberikan kewenangan kepada hakim untuk melakukan *judge made law*, dengan peran dan fungsi menyempurnakan segala macam kekurangan dan kelemahan yang terkandung dalam setiap undang-undang yang telah terkodifikasi, dengan tujuan agar undang-undang yang dibuat oleh Badan Legislatif tersebut tetap aktual dan efektif. Dengan demikian, melalui peran dan fungsi *judge as law maker*, dalam arti mencipta putusan-putusan baru berdasar *particular case*, suatu perangkat undang-undang yang kurang sempurna akan dilengkapi hakim melalui putusan dalam menghadapi peristiwa *konkreto* tertentu.

Melalui doktrin *the intrest of justice*, hakim diberi wewenang melakukan penafsiran undang-undang, yang berupa:[380] (1) hakim bebas menafsir undang-undang ke arah penerapan hukum yang dianggapnya mampu meletakkan landasan membina dan memantapkan suatu tatanan yang benar, adil dan patut sesuai dengan perubahan sosial, (2) melakukan penafsiran undang-undang ke arah pengembangan hukum yang fleksibel yang pada saat kodifikasi perundang-undangan belum dipikirkan oleh pembuat undang-undang, dan (3) mencari dan menemukan kehendak yang diinginkan pembuat undang-undang, dan dari penemuan kehendak pembuat undang-undang yang terumus dalam isi dan jiwa

---

[380] *Ibid.*, hal. 74.

undang-undang yang bersangkutan dijadikan *common basic idea* (landasan cita hukum umum) dalam menyelesaikan kasus *konkreto*.

Berdasarkan doktrin dan praktek, kewenangan seperti itu, baru dapat dilakukan hakim, apabila kasusu yang bersangkutan berhadapan dengan ketentuan perundang-undangan yang bersifat umum abstrak atau bertentangan dengan kepentingan umum. Agar tidak berkembang putusan-putusan pengadilan yang bersifat disparitas menghadapi kasus yang persis sama dikemudian hari, perlu dibina keseragaman penegakan hukum yang tidak berbeda.

Tujuan dan fungsi putusan yang diambil hakim melalui peran *judge made law* atas kasus-kasus yang memiliki ciri *particular case*, antara lain bertujuan untuk:[381] (1) menegakkan terwujudnya *law standard*. Kekosongan, ketidak jelasan serta kelemahan hukum positif yang tertuang dalam kodifikasi dapat disempurnakan oleh hakim melalui interpretasi dalam menghadapi kasus inkonkreto. Apabila kemudian hari timbul kasus yang seperti itu, hakim sedapat mungkin jangan membuat putusan baru yang menyimpang dari putusan terdahulu, (2) menciptakan *unified legal frame work dan unified legal opinion*. Apabila telah terwujud *law standard* dalam kasus tertentu melalui *judge made law*, hal itu akan berdampak positif terhadap terwujudnya keseragaman landasan hukum yang sama (*unified legal frame work*) dan keseragaman persepsi hukum yang sama (*unified legal opinion*) dalam semua kalangan. Putusan tersebut langsung berperan dan berfungsi mewujudkan keseragaman landasan hukum dan keseragaman persepsi hukum mengenai kasus tertentu. Semua pihak menjadikan putusan dimaksud

---

[381] *Ibid.*, hal. 75-76.

sebagai standar hukum dan dijadikan sebagai rujukan utama dalam menyelesaikan sengketa.

Selain itu, yaitu (3) tercipta kepastian penegakan hukum, karena menghadapi kasus yang sama semua pihak akan merujuk kepada standar hukum yang sama. Perujukan yang demikian memberi kepastian kepada para pencari keadilan. Bahwa dalam menghadapi kasus yang demikian, akan diterapkan ketentuan hukum yang bersumber dari *standar* yang tercipta melalui *proses judge made law*, dan (4) mencegah terjadinya putusan disparitas. Apabila suatu putusan telah diterima sebagai standar hukum mengenai kasus yang sama, maka akan terwujud kepastian penegakan hukum. Kalau kepastian penegakan hukum sudah terjamin melalui *judge made law*, maka putusan yang bersangktan berfungsi langsung menghilangkan putusan pengadilan yang bercorak disparitas. Kekacauan putusan yang mengandung kesenjangan dan perbedaan antara yang satu dengan lainnya tidak akan ditemukan lagi.

Perlu diketahui, bahwa tidak semua putusan yang berasal dari *judge made law* menjadi *stare decisis*, meskipun putusan yang bersangkutan mengandung *particular case*. Agar suatu putusan berkualitas dan dapat diangkat derajatnya sebagai *stare desicis*, yaitu sebagai berikut:[382] (1) putusan tersebut mengandung *ratio decidendi*, yaitu putusan menjelaskan dasar-dasar hukum yang aktual sebagai landasan pertimbangan atau putusan menjelaskan alasan-alasn hukum yang aktual dan rasional, dan dari alasan itulah diambil kesimpulan dan aturan hukum yang ditetapkan hakim dalam putusan yang dijatuhkan, dan semua fakta

[382] *Ibid.*, hal. 77.

yang ditemukan hakim dalam proses persidangan, harus dipertimbangkan dengan seksama, dan (2) putusan juga harus mengandung *obiter dicta*, yaitu hal-hal yang tidak pokok tetapi dapat menjelaskan lebih terang *ratio decidendi*, harus tertuang dalam putusan. Dengan demikian kandungan *obiter dicta* dalam putusan merupakan pelengkap *ratio decidendi*, meskipun *obiter dicta* bukan hal yang pokok dalam putusan.

3.3 Hukum Kewarisan dalam Islam

3.3.1 Prinsip-prinsip Hukum Kewarisan Islam dalam Ilmu Faraidh

Kata *faraidh*, merupakan bentuk jamak dari kata *faridhah,* yang berasal dari kata *faradha* yang artinya adalah ketentuan. Dengan demikian kata *faraidh* atau *faridhah* artinya adalah ketentuan-ketentuan tentang siapa yang termasuk ahli waris yang berhak mendapatkan warisan, ahli waris yang tidak berhak mendapatkannya, dan berapa bagian masing-masing.

Untuk itu ada beberapa istilah dalam *fikih mawaris*, yaitu:[383] (1) *waris* adalah orang yang termasuk ahli waris yang berhak menerima warisan. Hak-hak *waris* dapat timbul karena hubungan darah dan karena hubungan perkawinan. Ada *ahli waris* yang sesungguhnya memiliki hubungan kekerabatan yang dekat, akan tetapi tidak berhak mendapatkan warisan, ahli waris yang demikian itu disebut *zawu al-arham*, (2) *muwaris*, artinya orang yang diwarisi harta benda peninggalannya, yaitu orang yang meninggal dunia, baik itu meninggal secara *hakiki* atau karena melalui putusan pengadilan, seperti orang yang hilang (*al-*

[383] Ahmad Rafiq, *Fiqh Mawaris*, Cet. Keempat (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2002), hal. 4 – 5.

mafqud) dan tidak diketahui kabar berita dan domisilinya, (3) *al-irs*, artinya harta warisan yang siap dibagi oleh ahli waris sesudah diambil untuk keperluan pemeliharaan jenazah, pelunasan utang serta melaksanakan *wasiat*, (4) *warasah,* yaitu harta warisan yang telah diterima oleh *ahli waris*, serta (5) *tirkah,* yaitu semua harta peninggalan orang yang meninggal dunia sebelum diambil untuk kepentingan pemeliharaan jenazah, pelunasan utang, dan pelaksanaan wasiat yang dilakukan oleh orang yang meninggal ketika masih hidup.

Hukum waris sebelum Islam dipengaruhi oleh sistem sosial yang dianut oleh masyarakat yang ada. Masyarakat *jahiliyah* dengan pola masyarakatnya yang corak kesukuan, memilki kebiasaan berpindah-pindah, suka berperang dan merampas jarahan. Sebagian dari mereka bermata pencaharian dagang. Ciri tersebut tampaknya sudah menjadi kurltur atau budaya yang mapan. Karena itu budaya tersebut ikut membentuk nilai-nilai, sistem hukum dan sistem sosial yang berlaku. Kekuatan pisik lalu menjadi ukuran baku dalam sistem hukum warisan yang diperlakukannya.

Menurut masyarakat *jahiliyah*, ahli waris yang berhak mendapatkan harta warisan dari keluarganya yang meninggal, adalah mereka yang laki-laki, berpisik kuat dan mengalahkan musuh dalam setiap peperangan. Kepentingan suku sangat diutamakan. Karena dari prestasi dan eksistensi suku itulah, martabat seseorang sebagai anggota suku dipertaruhkan. Konsekuensi adalah, anak-anak baik laki-laki maupun perempuan tidak diberi hak mewarisi harta peninggalan keluarganya. Ketentuan semacam ini telah menjadi tradisi dan mengakar kuat di dalam masyarakat. Malahan seperti diketahui, fenomena penguburan hidup-hidup

terhadap anak perempuan, merupakan suatu fakta sejarah yang tidak bisa ditutup-tutupi. Praktis perempuan mendapat perlakuan yang sangat deskriminatif. Mereka tidak bisa menghargai kaum perempuan yang nantinya dalam perspektif al-qur'an, mempunyai kedudukan yang sederajat dengan laki-laki. Bagi mereka, kaum perempuan tidak ubahnya bagaikan barang, bisa diwariskan dan diperjual belikan, bisa dimilii dan dipindah-pindahkan.[384]

Adapun dasar-dasar pewarisan yang digunakan pada zaman sebelum Islam adalah: (1) pertalian kerabat *(al-qarabah)*, (2) janji prasetia (*al-hilf wa al-mu'aqadah*), dan pengangkatan anak atau adopsi (*al-tabanni*). Pertalian kerabat yang menyebabkan seorang ahli waris dapat menerima warisan adalah mereka yang laki-laki dan kuat pisiknya. Implikasinya adalah wanita dan anak-anak tidak mendapatkan bagian warisan. Janji prasetya dijadikan dasar pewarisan dalam masyarakat *jahiliyah*. Mereka melalui perjanjian ini sendi-sendi kekuatan dan martabat kesukuan dapat dipertahankan. Janji prasetya ini dapat dilakukan dua orang atau lebih. Pelaksanaannya seorang berikrar kepada orang lain untuk saling mewarisi, apabila salah satu di antara mereka meninggal dunia. Tujuannya untuk kepentingan saling tolong-menolong, saling mendapatkan rasa aman.

Dalam tradisi masyarakat *jahiliyah*, pengangkatan anak merupakan perbuatan hukum yang lazim. Lebih dari itu, status anak angkat disamakan kedudukannya dengan anak kandung. Caranya, seorang mengambil anak laki-laki orang lain untuk dipelihara dan dimasukkan dalam keluarga bapak angkatnya. Karena statusnya sama dengan anak kandung, maka menjadi hubungan saling

---

[384] *Ibid.*, hal. 8.

mewarisi jika salah satu dari mereka meninggal dunia. Implikasinya, hubungan kekeluargaannya dengan orang tua kandungnya terputus dan oleh karenanya ia tidak bisa mewarisi harta peninggalan ayah kandungnya.

Perkembangan hukum kewarisan pada masa awal-awal Islam belum mengalami perubahan yang berarti, di dalamnya masih terdapat penambahan-penambahan yang lebih berkonotasi stategis untuk kepentingan dakwah atau bahkan politis. Tujuannya adalah untuk merangsang ikatan persaudaraan demi perjuangan dan keberhasilan misi Islam. Pertimbangannya, kekuatan Islam pada waktu itu dirasakan masih sangat lemah, baik sebagai komunitas bangsa maupun dalam pemantapan ajaran-ajarannya, yang masih dalam dinamika pertumbuhan.[385]

Oleh karena itu, dasar-dasar pewarisan yang digunakan pada awal-awal Islam, selain meneruskan pada nilai-nilai lama, juga ditambahkan dasar-dasar baru sebagai berikut: (1) pertalian kerabat (*al-qarabah),* (2) janji prasetia (*al-hilf wa al-mu'aqadah*), (3) pengangkatan anak atau adopsi (*al-tabanni)*, (4) hijrah dari Makkah ke Madinah, dan (5) ikatan persaudaraan (*al-muakhah*) antara orang-orang *Muhajirin* (pendatang) dan orang-orang *Ansor*, yaitu orang-orang Madinah yang memberikan pertolongan kepada kaum *Muhajirin* dari Makkah di Madinah.

Pada proses selanjutnya al-qur'an menghapus ketentuan-ketentuan hukum waris pada masa *jahiliyah* dan ketentuan yang berlaku pada masa-masa awal Islam, yaitu sebagai berikut.

1. Penghapusan ketentuan bahwa penerima warisan adalah kerabat yang laki-laki dan dewasa saja, melalui firman Allah dalam *QS. Al-Nisa': 7 dan 127*,

---

[385] *Ibid.*, hal. 14-15.

yaitu bahwa ahli waris laki-laki dan perempuan, termasuk di dalamnya anak-anak, masing-masing berhak menerima warisan sesuai dengan bagian yang ditentukan;

2. Penghapusan ikatan persaudaraan antara golongan *Muhajirin* dan *Ansor* sebagai dasar mewarisi. Dinyatakan dalam *QS. Al-Ahzab*: 6 (3)

" dan orang-orang yang mempunyai hubungan darah sebagiannya adalah lebih berhak daripada sebagian yang lain di dalam kitab Allah daripada arang-orang mukmin dan orang-orang muhajirin, kecuali kamu mau berbuat baik kepada saudara-saudaramu ... " *(QS. Al-Ahzab:6): 3.*

Penghapusan pengangkatan anak yang diperlakukan sebagai anak kandung sebagai dasar pewarisan. Dinyatakan dalam *QS. Al-Ahzab: 4-5 dan 40.*

" Dan Tuhan tidak menjadikan anak-anak angkatmu sebagai anak kandungmu sendiri. Yang demikian itu hanyalah perkataanmu di mulutmu saja. Sedangkan Allah menyatakan yang sebenarnya dan menunjukkan jalan yang benar. Panggillah mereka dengan memakai nama ayah-ayahnya. Yang demikian itu lebih adil di sisi Allah. Jika kamu tidak mengetahui ayahnya (panggillah mereka sebagai memanggil) saudara-saudaramu seagama dan maula-maula (orang yang dibawah pemeliharaanmu)..... " *(QS. Al-Ahzab: 4-5)*. Dan " Muhammad itu sekali-kali bukanlah bapak dari seorang-laki-laki di antara kamu, tetapi Dia adalah rasulullah dan penutup nabi-nabi ". *(QS. Al-Ahzab: 40).*

Selanjutnya banyak ayat al-Qur'an menegaskan secara definitif tentang ketentuan bagian ahli waris yang disebut dengan *al-furud al-muqaddarah* atau bagian yang telah ditentukan, dan bagian sisa (*'asabah*), serta orang-orang yang tidak termasuk ahli waris. Di antara yang terpenting adalah dinyatakan dalam *QS. An-Nisa': 11*

" Allah mensyari'atkan bagimu tentang (pembagian warisan untuk) anak-anakmu, yaitu bagian anak lelaki sama dengan bagian dua orang anak perempuan, dan jika anak (perempuan) itu semuanya lebih dari dua, maka bagi

mereka dua pertiga dari dari harta yang ditinggalkan. Jika anak perempuan itu seorang saja, maka ia memperoleh separoh harta. Dan untuk dua orang ibu bapak, bagi masing-masing seperenam dari harta yang ditinggalkan. Jika yang meninggal itu mempunyai anak, jika yang meninggal itu tidak mempunyai anak dan ia diwarisi oleh ibu bapaknya (saja), maka ibunya mendapatkan sepertiga. Jika yang meninggal itu mempunyai beberapa saudara, maka ibunya mendapatkan seperenam. (pembagian-pembagian tersebut di atas) sesudah dipenuhi wasiat yang ia buat atau (dan) sesudah dibayar utangnya. (Tentang) orang tuamu dan anak-anakmu tidak mengetahui siapa di antara mereka yang lebih dekat (banyak) manfatnya bagimu. Ini adalah ketetapan dari Allah. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui Lagi maha bijaksana. *(QS. Al-Nisa': 11).*

Dan dalam *QS. Al-Nisa': 12* dinyatakan:

" dan bagimu (suami-suami) seperdua dari harta yang ditinggalkan oleh istrimu-istrimu, jika mereka tidak mempunyai anak. Jika istri-istrimu itu mempunyai anak, maka kamu mendapat seperempat dari harta yang ditinggalkannya sesudah dipenuhi wasiat yang mereka buat atau (dan) sesudah dibayar utangnya. Para istri memperoleh seperempat harta yang kamu tinggalkan, jika kamu tidak mempunyai anak. Jika kamu mempunyai anak, maka para istri memperoleh seperdelapan dari harta yang kamu tinggalkan sesudah dipenuhi wasiat yang kamu buat (dan) sesudah dibayar utangmu. Jika seorang mati, baik laki-laki maupun perempuan yang tidak meninggalkan anak, tapi mempunyai seorang saudara laki-laki (seibu saja), maka bagi masing-masing dari kedua jenis saudara itu lebih dari seorang, maka mereka bersekutu dalam yang sepertiga itu sesudah dipenuhi wasiat yang dibuat olehnya atau (dan) sesedah dibayar utangnya dengan tidak memberi mudharat (kepada ahli waris). (Allah menetapkan yang demikian itu sebagai) syari'at yang benar-benar dari Allah, dan Allah Maha Mengetahui Lagi Maha Penyantun. *(QS. Al-Nisa' : 12).*

3. Di samping itu, as-Sunnah riwayat Imam al-Bukhari dan Muslim, yang meyatakan: "Orang muslim tidak berhak mewarisi orang kafir, dan orang kafir tidak berhak mewarisi orang muslim". *(HR. Al-Bukhari dan Muslim).*

Adapun syarat pembagian warisan serta halangan untuk menerima warisan adalah sebagai berikut:

1. Ada tiga syarat untuk mendapatkan warisan, yaitu: (a) *pewaris* benar-benar telah meninggal dunia. Baik meninggal (mati) *hakiki*, yaitu kematian seseorang yang dapat diketahui tanpa harus melalui pembuktian, bahwa seorang telah meninggal dunia, maupun mati hukmi, adalah kematian seseorang yang secara yuridis ditetapkan melalui putusan hakim dinyatakan telah meninggal dunia. Ini bisa terjadi seperti dalam kasus seseorang yang dinyatakan hilang *(al-mafqud)* tanpa diketahui dimana dan bagaimana keadaannya, (b) ahli waris benar-benar masih hidup ketika pewaris meninggal dunia, atau dengan putusan hakim dinyatakan masih hidup pada saat pewaris meninggal. Maka, jika dua orang yang saling mempunyai hak waris satu sama lain meninggal bersama-sama, tetapi tidak dapat diketahui siapa yang mati lebih dulu, maka di antara mereka tidak terjadi waris-mewaris. Misalnya, orang yang meninggal dalam suatu kecelakaan penerbangan, tenggelam, kebakaran dan sebagainya,[386] dan (c) benar-benar dapat diketahui adanya sebab warisan pada ahli waris, atau denga kata lain, benar-benar dapat diketahui bahwa ahli waris bersangkutan berhak waris. Syarat ketiga ini disebutkan sebagai suatu penegasan yang diperlukan, terutama di pengadilan meskipun secara umum telah disebutkan dalam sebab-sebab kewarisan.
2. Adanya berbagai sebab dan syarat warisan belum cukup menjadi alasan adanya hak waris, kecuali jika tidak terdapat salah satu penghalang sebagai berikut: (a) berbeda agama antara pewaris dan ahli waris. Alasan

[386] Ahmad Azhar Basyir, *Hukum Waris Islam,* Cet. 14, (Yogyakarta: UII Press, 2001), hal. 20.

penghalang ini adalah hadits Nabi yang mengajarkan bahwa orang muslim tidak berhak waris atas harta orang kafir dan orang kafir tidak berhak waris harta orang muslim, (b) pembunuhan. Hadits Nabi mengajarkan bahwa pembunuh tidak berhak mewaris atas peninggalan orang yang dibunuh. Yang dimaksud dengan membunuh adalah membunuh dengan sengaja yang mengandung unsur pidana. Sementara pembunuhan yang tidak menjadi penghalang mewarisi adalah: (1) pembunuhan karena khilaf, (2) pembunuhan yang dilakukan oleh orang yang tidak cakap melakukan perbuatan hukum, (3) pembunuhan yang dilakukan karena tugas, dan (4) pembunuhan karena *'uzur* untuk membela diri.

Dalam ketentuan hukum Islam, sebab-sebab untuk dapat menerima warisan secara umum, yaitu: (a) hubungan kekerabatan dan (b) hubungan perkawinan.

Dasar hukum kekerabatan sebagai ketentuan bahwa laki-laki dan perempuan sama-sama mempunyai hak waris seperti yang dinyatakan dalam *QS. Al-Nisa': 7:*

"Bagi orang laki-laki ada hak bagian dari harta peninggalan ibu, bapak dan kerabatnya, dan bagi orang wanita ada hak (bagian) dari harta peninggalan ibu-bapak dan kerabatnya, baik sedikit atau banyak menurut bahagian yang telah ditetapkan". *(QS. Al-Nisa': 7)*. Demikian juga dinyatakan dalam *QS. Al-Anfal: 75,* "Orang-orang yang mempunyai hubungan kerabat itu sebahagiannya lebih berhak terhadap sesamanya di dalam kitab Allah". *(QS. al-Anfal: 75).*

Islam tidak membedakan status hukum seorang dalam pewarisan dari segi kekuatan pisiknya, tetapi semata-mata karena pertalian darah atau

kekerabatan. Maka meskipun ahli waris masih berada dalam kandungan, jika dapat dinyatakan sebagai ahli waris, ia berhak menerima bagian.[387]

Perkawinan yang sah menyebabkan adanya hubungan hukum saling mewarisi antara suami dan istri. Perkawinan yang sah adalah perkawinan yang syarat dan rukunnya terpenuhi, baik menurut ketentuan hukum agama maupun ketentuan administratif sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku. Tentang syarat administratif ini, masih terdapat perbedaan pendapat. Ada yang menyebutnya semata-mata pencatatan saja, tetapi ada sebagian pendapat yang menyebutnya sebagai syarat yang apabila tidak dipenuhi berakibat tidak sah perkawinannya. Hukum perkawinan Indonesia tampaknya memberi kelonggaran dalam hal ini. Artinya, yang menjadi ukuran sah atau tidaknya perkawinan bukanlah ketentuan administrasi, akan tetapi ketentuan hukum agama. Tetapi harus diakui bahwa ketentuan administrasi ini. Merupakan suatu yang penting (*urgent*), karena dengan bukti-bukti pencatatan administratif inilah, suatu perkawinan mempunyai kekuatan hukum. Pencatatan perkawinan sangat diperlukan untuk membuktikan secara yuridis formal, bahwa dua orang telah melalukan perkawinan.[388]

Adapun hak-hak yang wajib ditunaikan sebelum warisan dibagi kepada ahli waris, yaitu:

1. Biaya perawatan jenazah (*tajhiz al-janazah*),
2. Pelunasan utang (*wafa' al-duyun*), dan

[387] Ahmad Rafiq, Fiqh Mawaris, *op. cit.*, hal. 44.
[388] *Ibid.*, hal. 45.

3. Pelaksanaan wasiat (*tanfiz al-wasaya*).

Adapun dasar hukum bahwa biaya perawatan jenazah hendaknya dilakukan secara wajar adalah firman Allah dalam *QS. Al-Furqan: 67,* "Dan orang-orang yang apabila membelanjakan (hartanya) tidak berlebih-lebihan, dan tidak pula kikir, tetapi adalah (pembelanjaannya itu) di tengah-tengah antara yang demikian". *(QS. Al-Furqan: 67)*. Pelunasan utang merupakan tanggungan yang harus dipenuhi bagi orang yang utang. Apabila seorang yang meninggal dunia ternyata meninggalkan utang pada orang lain yang belum dibayar, maka sudah seharusnya utang tersebut dilunasi terlebih dahulu dan diambilkan dari harta peninggalannya, sebelum harta itu dibagikan kepada ahli waris. Para ulama mengklasifikasikan utang pada dua macam, yaitu: (1) utang pada sesama manusia, disebut dengan *dain al-'ibad*, dan (2) utang kepada Allah, disebut dengan *dain Allah*. Dasar hukum tentang wajibnya pelunasan utang si mati didahulukan, dijelaskan dalam firman Allah SWT: " ... setelah diambil untuk wasiat yang diwasiatkan atau (dan) sesudah dibayar utang-utangnya ...". *(QS. Al-Nisa': 11)*.

Pelaksanaan wasiat. Wasiat adalah tindakan seseorang menyerahkan hak kebendaannya kepada orang lain, yang berlakunya apabila yang berwasiat itu meninggal dunia. Apabila seorang meninggal dunia dan semasa hidupnya berwasiat atas sebagian harta kekayaannya kepada suatu badan atau seseorang, maka wasiat itu wajib dilaksanakan sebelum harta peninggalannya dibagi kepada ahli warisnya. Dasar hukum wasiat ini dinyatakan dalam firman Allah: " diwajibkan atas kamu, apabila seorang di antara kamu kedatangan (tanda-

tanda) maut, jika ia meninggalkan harta yang banyak, berwasiatlah untuk ibu – bapak dan karib kerabatnya secara ma'ruf (ia adalah) kewajiban atas orang-orang yang bertaqwa. *(QS. Al-Baqarah: 180).*

4.3.2 Ahli Waris dan Bagian-bagiannya Menurut Kompilasi Hukum Islam

Yang dijadikan sumber utama dalam merumuskan Kompilasi Hukum Islam termasuk di dalamnya hukum kewarisan adalah *nash* al-Qur'an dan Sunnah. Namun dalam pelaksanaannya dilakukan langkah-langkah yang *luwes*. Oleh karenanya rumusan hukum dasar atau dasar hukum yang terdapat dalam al-Qur'an diungkapkan dengan rumusan hukum yang rasional, praktis dan aktual dalam kompilasi agar mudah dipahami oleh masyarakat muslim sesuai dengan jiwa dan semangat ajaran Islam dan memperhatikan *asbabun nuzul* suatu ayat dan *asbabul wurud* suatu Hadts. Dengan demikian, prinsip-prinsip umum yang terkandung di dalam kedua sumber hukum Islam itu dapat dikembangkan sesuai dengan perkembangan zaman dan keadaan di suatu tempat.[389]

Sedangkan mengenai hal-hal yang tidak dapat ketentuannya dalam *nash* al-qur'an dan Hadits tetapi dirasakan sebagai kebutuhan hukum masyarakat muslim sekarang ini, maka dikembangkan "garis hukum baru", misalnya, mengenai hak anak untuk menggantikan kedudukan keahliwarisan orang tuanya yang telah meninggal lebih dahulu ketika pembagian warisan

[389] Mohammad Daud Ali, "Asas-asas hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam," dalam *Mimbar Hukum No. 9 Thn. IV 1993,* hal. 4.

dilakukan. Sebagai sumber kedua mengambil bahan dari penalaran para *fukaha* yang terdapat dalam berbagai kitab fikih yang dikaji oleh para ahli dari sumber pertama. Disamping menggunakan sumber kaidah fikih "*al-'adatu muhakkamat*" (adat yang baik dapat dijadikan hukum Islam). Misal, harta bersama yang tidak dapat pengaturannya di dalam al-Qur'an dan al-Hadits, juga tidak terdapat dalam kitab-kitab fikih hasil penalaran para *fuqaha,* sedangkan lembaga harta bersama itu terdapat dalam masyarakat adat orang Islam Indonesia dan hidup dalam kesadaran masyarakat muslim di Indonesia.

Hukum kewarisan Islam adalah hukum yang mengatur segala sesuatu yang berkenaan dengan peralihan hak dan atau kewajiban atas harta kekayaan seseorang setelah ia meninggal dunia kepada ahli warisnya. Dalam Kompilasi Hukum Islam bab II mengatur tentang Hukum Kewarisan, di dalamnya mengatur mengenai salah satunya adalah ahli waris dan bagian masing-masing. Sebelum membahas tersebut lebih lanjut, berikut ini dijelaskan asas-asas yang digunakan dalam hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam, sebagai berikut:[390]

1. Asas *bilateral/parental*, yang tidak membedakan antara ahli waris laki-laki dengan perempuan dari segi keahliwarisan, sehingga tidak mengenal kerabat *dzawil arham.* Asas ini didasarkan atas: (I) Pasal 174 Kompilasi Hukum Islam (KHI) dinyatakan: (1) kelompok-kelompok ahli waris terdiri dari: (a) Menurut hubungan darah: golongan laki-laki terdiri dari: ayah, anak laki-laki, saudara laki-laki, paman dan kakek. Golongan perempuan

[390] Mahkamah Agung, *Pedoman Teknis Administrasi dan Teknis Peradilan Agama,* Edisi 2007 (Mahkamah Agung RI, 2008), hal. 168.

terdiri dari: Ibu, anak perempuan, saudara perempuan dan nenek. (b) menurut hubungan perkawinan terdiri dari: duda dan janda. (2) apabila semua ahli waris ada, maka yang berhak mendapatkan warisan hanya: anak, ayah, ibu, janda atau duda. Pasal tersebut tidak membedakan antara kakek, nenek dan paman baik dari pihak ayah atau dari pihak ibu, (II) Pasal 185 Kompilasi Hukum Islam (KHI) dinyatakan: (1) ahli waris yang meninggal lebih dahulu dari pada sipewaris maka kedudukannya dapat digantikan oleh anaknya, kecuali mereka yang tersebut dalam Pasal 173. (2) bagian ahli waris pengganti tidak boleh melebihi dari bagian ahli waris yang sederajat dengan yang diganti. Pasal tersebut mengatur ahli waris pengganti, sehingga cucu dari anak perempuan, anak perempuan dari saudara laki-laki dan anak perempuan/anak laki-laki dari saudara perempuan, bibi dari ayah dan bibi dari pihak ibu serta keturunan dari bibi adalah ahli waris;

2. Asas ahli waris langsung dan asas ahli waris penggant, yaitu (1) ahli waris langsung adalah ahli waris yang disebut dalam Pasal 174 Kompilasi Hukum Islam (KHI), dan (2) ahli waris pengganti (*plaatsvervulling*) adalah ahli waris yang diatur berdasarkan Pasal 185 KHI, yaitu ahli waris pengganti/keturunan dari ahli waris yang disebutkan pada Pasal 174 KHI. Di antaranya keturunan dari anak laki-laki dan anak perempuan, keturunan dari saudara laki-laki/perempuan, keturunan dari paman, keturunan dari kakek dan nenek, yaitu bibi dan keturunannya (paman walaupun keturunan

kakek dan nenek bukan ahli waris pengganti karena paman sebagai ahli waris langsung yang disebut pada Pasal 174 KHI);

3. Asas *ijbari*, artinya pada saat seorang meninggal dunia, kerabatnya (atas pertalian darah dan pertalian perkawinan) langsung menjadi ahli waris, karena tidak ada hak bagi kerabat tersebut untuk menolak sebagai ahli waris atau berfikir lebih dahulu, apakah akan menolak sebagai ahli waris atau menerima sebagai ahli waris. Asas ini berbeda dengan ketentuan dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KHUP) yang menganut asas pilihan (*takhayyur*) untuk menolak sebagai ahli waris atau menerima sebagi ahli waris (Pasal 1023 KUH Perdata);
4. Asas individual, dimana harta warisan dapat dibagi kepada masing-masing ahli waris, kecuali dalam hal harta warisan berupa tanah kurang dari 2 ha dinyatakan Pasal 189 KHI: (1) bila harta warisan yang akan dibagi berupa harta pertanian yang luasnya kurang dari 2 hektar, supaya dipertahankan kesatuannya sebagaimana semula, dan dimanfaatkan untuk kepentingan bersama para ahli waris yang bersangkutan", pada ayat (2) nya dinyatakan: " bila ketentuan tersebut pada ayat (1) pasal ini tidak dimungkinkan karena di antara para ahli waris yang bersangkutan ada yang memerlukan uang, maka lahan tersebut dapat dimiliki oleh seorang atau lebih ahli waris dengan cara membayar harganya kepada ahli waris yang berhak sesuai dengan bagiannya masing-masing". Dalam hal para ahli waris bersepakat untuk tidak membagi harta warisan akan tetapi membentuk usaha bersama

yang masing-masing memiliki saham sesuai dengan proporsi bagian warisan mereka;

5. Asas keadilan berimbang, di mana perbandingan bagian laki-laki dengan bagian perempuan 2:1, kecuali dalam keadaan tertentu. Perbedaan bagian laki-laki dengan bagian perempuan tersebut adalah karena kewajiban laki-laki dan kewajiban perempuan dalam rumah tangga berbeda. Laki-laki sebagai kepala rumah tangga mempunyai kewajiban menafkahi istri dan anak-anaknya, sedangkan istri sebagai ibu rumah tangga tidak mempunyai kewajiban menafkahi anggota keluarganya kecuali terhadap anak bila suami tidak mempunyai kemampuan untuk itu. Mengenai bagian laki-laki sepakat membagi sama rata bagian laki-laki dan perempuan setelah mereka mengetahui bagian masing-masing yang sebenarnya menurut hukum;
6. Asas waris karena kematian, artinya terjadinya peralihan hak kebendaan dari seseorang kepada kerabatnya secara waris mewaris berlaku setelah orang tersebut meninggal dunia;
7. Asas hubungan darah, yakni hubungan darah akibat perkawinan sah;
8. Asas wasiat wajibah, artinya anak angkat dan ayah angkat secara timbal balik dapat melakukan wasiat tentang harta masing-masing, bila tidak ada wasiat dari anak angkat kepada ayah angkat atau sebaliknya, maka ayah angkat dan/atau anak angkat dapat diberi wasiat wajibah. Pasal 209 KHI dinyatakan: (1) Harta peninggalan anak angkat dibagi berdasarkan Pasal 176 sampai dengan Pasal 193 tersebut di atas, sedangkan terhadap orang

tua angkat yang tidak menerima wasiat diberi wasiat wajibah sebanyak-banyaknya 1/3 dari harta warisan anak angkatnya, dan ayat (2) nya dinyatakan: "terhadap anak angkat yang tidak menerima wasiat diberi wasiat wajibah sebanyak-banyaknya 1/3 dari harta warisan orang tua angkatnya".

9. Asas egaliter, artinya kerabat karena hubungan darah yang memeluk agama selain Islam mendapat wasiat wajibah sebanyak-banyaknya 1/3 bagian, dan tidak boleh melebihi bagian ahli waris yang sederajat dengannya;
10. Asas retroaktif terbatas, artinya Kompilasi Hukum Islam tidak berlaku surut dalam arti apabila harta warisan telah terbagi secara riil sebelum Kompilasi Hukum Islam diperlakukan, maka keluarga yang mempunyai gugatan waris. Jika harta warisan belum dibagi secara riil, maka terhadap kasus waris yang pewarisnya meninggal dunia sebelum Kompilasi Hukum Islam lahir, dengan sendirinya Kompilasi Hukum Islam berlaku surut;
11. Asas hibah dan wasiat kepada ahli waris diperhitungkan sebagai warisan. Pasal 210 Kompilasi Hukum Islam ayat (1) dinyatakan: "orang yang telah berumur sekurang-kurangnya 21 tahun, berakal sehat dan tanpa adanya paksaan dapat menghibahkan sebanyak-banyaknya 1/3 dari harta bendanya kepada orang lain atau lembaga di hadapan dua orang saksi untuk dimiliki", dan ayat (2)nya dinyatakan: "harta benda yang dihibahkan harus merupakan hak dari penghibah".

Kompilasi Hukum Islam (KHI) mengelompokkan ahli waris dari segi cara pembagiannya sebagai berikut:

A. Kelompok ahli waris *dzawil furud*, yaitu:

(1) ayah Mendapat 1/3 bagian bila pewaris tidak meninggalkan anak/keturunan. Hal yang demikian dinyatakan ddalam Pasal 177 KHI "Ayah mendapatkan sepertiga bagian bila pewaris tidak meninggalkan anak, bila ada anak, ayah mendapat seperenam bagian".

(2) ibu mendapat 1/6 bagian bila pewaris mempunyai anak/keturunan, atau pewaris mempunyai dua orang atau lebih saudara (sekandung, seayah, seibu) mendapatkan 1/3 jika pewaris tidak meninggalkan anak/keturunan atau pewaris meninggalkan satu orang saudara (sekandung,seayah, seibu). Demikian dinyatakan dalam Pasal 178 KHI dalam ayat (1) "Ibu mendapat seperenam bagian bila ada anak atau dua saudara atau lebih. Bila tidak ada anak atau dua orang saudara atau lebih, maka ia mendapat sepertiga bagian". Ayat (2) dinyatakan" Ibu mendapat sepertiga bagian dari sisa sesudah diambil oleh janda atau duda bila bersama-sama dengan ayah".

(3) duda mendapat ¼ bagian bila pewaris meninggalkan anak/keturunan, mendapatkan ½ bila pewaris tidak meninggalkan anak/keturunan. Demikian dinyatakan dalam Pasal 179 KH "Duda mendapat separoh bagian, bila pewaris tidak meninggalkan anak, dan bila pewaris meninggalkan anak, maka duda mendapatkan seperempat bagian".

(4) Janda mendapat 1/8 bagian bila pewaris meninggalkan anak/keturunan, mendapat ¼ bagian bila pewaris tidak meninggalkan anak/keturunan.

Demikian dinyatakan dalam Pasal 180 KHI "Janda mendapat seperempat bagian bila pewaris tidak meninggalkan anak, dan bila pewaris meninggalkan anak, maka janda mendapat seperdelapan bagian".

(5) Seorang anak perempuan mendapat ½ bagian, dua orang atau lebih anak perempuan mendapar 2/3 bagian, bila tidak ada anak laki-laki atau keturunan dari anak laki-laki. Dan apabila anak perempuan bersama dengan anak laki-laki, maka bagian anak-laki-laki adalah dua berbanding satu dengan anak perempuan. Demikian dinyatakan dalam Pasal 176 KHI "anak perempuan bila hanya seorang ia mendapat separoh bagian, bila dua orang atau lebih mereka bersama-sama mendapat dua pertiga bagian, dan apabila anak perempuan bersama-sama dengan anak laki-laki, maka bagian anak laki-laki adalah dua berbanding satu dengan anak perempuan".

(6) Seorang saudara perempuan atau laki-laki (baik sekandung, seayah, seibu) mendapat 1/6 bagian, apabila terdapat dua orang atau lebih saudara (sekandung, seayah, seibu) mendapat 1/3 bagian, jika saudara (sekandung, seayah, seibu) mewaris bersama ibu pewaris. Demikian dinyatakan dalam Pasal 181 KHI "Bila seorang meninggal tanpa meninggalkan anak dan ayah, maka saudara laki-laki dan saudara perempuan seibu makamasing-masing mendapat seperenam bagian. Bila mereka itu dua orang atau lebih maka mereka bersama-sama mendapat sepertiga bagian".

(7) Seorang saudara perempuan (sekandung, seayah, seibu) mendapat ½ bagian, dua orang atau lebih saudara perempuan sekandung atau seayah

mendapat 2/3 bagian, jika saudara perempuan tersebut mewaris tidakbersama ayah dan tidak ada saudara laki-laki atau keturunan laki-laki dari saudara laki-laki. Demikan dinyatakan dalam Pasal 182 KHI "Bila seorang meninggal tanpa meninggalkan ayah dan anak, sedang ia mempunyai satu saudara perempuan kandung atau seayah, maka ia mendapat separoh bagian. Bila saudara perempuan tersebut bersama-sama dengan saudara perempuan kandung atau seayah dua orang atau lebih, maka mereka bersama-sama mendapat dua pertiga bagian. Bila saudara perempuan tersebut bersama-sama dengan saudara-saudara laki-laki kandung atau seayah, maka bagian saudara laki-laki adalah dua berbanding satu dengan saudara perempuan".

B. Kelompok Ahli Waris yang Tidak ditentukan Bagiannya, yaitu sebagai berikut: (1) anak laki-laki dan keturunannya, (2) anak perempuan dan keturunannya bila mewaris bersama anak laki-laki, (3) saudara laki-laki bersama saudara perempuan bila pewaris tidak meninggalkan keturunan dan ayah, (4) kakek dan nenek, dan (5) paman dan bibi baik dari pihak ayah maupun dari pihak ibu dan keturunannya.

C. Kelompok Ahli Waris yang Mendapat Bagian sebagai Ahli Waris Pengganti, yaitu: (1) keturunan dari anak mewarisi bagian yang digantikannya, (2) keturunan dari saudara laki-laki/perempuan (sekandung, seayah, seibu) mewarisi bagian yang digantikannya, (3) kakek dan nenek dari pihak ayah mewarisi bagian dari ayah, masing-masing berbagi sama, (4) kakek dan nenek dari pihak ibu mewarisi bagian dari ibu, masing-masing berbagi sama, (5) paman dan bibi dari pihak ayah

beserta keturunannya mewarisi bagian dari ayah apabila tidak ada kakek dan nenek pihak ayah, dan (6) paman dan bibi dari pihak ibu beserta keturunannya mewarisi bagian dari ibu apabila tidak ada kakek dan nenek pihak ibu.

D. Prinsip-prinsip *hijab – mahjub* menurut Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan praktek pengadilan sebagai berikut: (1) anak laki-laki mapun perempuan serta keturunannya *menghijab* saudara (sekandung, seayah, seibu) dan keturunannya, (2) ayah *menghijab* saudara dan keturunannya kakek dan nenek yang melahirkannya beserta paman/bibi pihak ayah dan keturunannya, (3) ibu *menghijab* kakek dan nenek yang melahirkannya besrta paman/bibi pihak ibu dan keturunannya, dan (4) saudara (sekandung, seayah, seibu) dan keturunannya *menghijab* paman dan bibi pihak ayah dan biu serta keturunannya.

E. Kompisasi Hukum Islam membedakan saudara seibu dari saudara seayah dan sekandung, seperti yang dinyatakan dalam Pasal 181 dan 182 KHI. Dalam perkembangannya yurisprudensi Mahkamah Agung republik indonesia menyamakan kedudukan saudara seibu dengan saudara sekandung dengan saudara seayah, mereka mendapatkan *ashabah* secara bersama-sama dengan ketentuan saudara laki-laki mendapat dua kali bagian saudara perempuan.

F. Berdasarkan prinsip dan asas kewarisan tersebut di atas, derajat kelompok ahli waris memiliki tingkatan sebagaiberikut: (a) kelompok derajat pertama, yaitu: janda/duda, anak dan atau keturunannya, ayah dan ibu, dan

(b) kelompok derajat kedua, yaitu: janda/duda, anak dan/atau keturunannya, kakek dan nenek baik dari pihak ayah maupun ibu, (c) kelompok derajat ketiga, yaitu: janda/duda, saudara (sekandung, seayah, seibu) dan/atau keturunannya, kakek dan nenek dari pihak ayah dan pihak ibu, dan (d) janda/duda, paman/bidi dan/atau keturunannya.

G. Untuk memudahkan perhitungan pembagian waris dapat mempedomani prinsip-prinsip sebagai berikut: (1) mendahulukan ahli waris sesuai kelompok derajat yang dirumuskan di atas, (2) menerapkan *hijab mahjub* seperti yang diuraikan di atas, (3) perbandingan bagian anak laki-laki dengan anak perempuan, bagian saudara laki-laki dengan saudara perempuan, bagian paman berbanding bagian bibi adalah 2:1, (4) ahli waris pengganti wewarisi bagian yang digantikannya dengan ketentuan tidak melebihi bagian ahli waris yang sederajat dengan ahli waris yang diganti. Bila ahli waris pengganti terdiri dari laki-laki dan perempuan, laki-laki mendapat bagian dua kali bagian perempuan, (5) bagian ahli waris *dzawil furud* dibagi terlebih dahulu dari ahli *waris ashabah*, (6) sisa pembagian ahli waris *dzawil furud* untuk ahli waris *ashabah*, dengan ketentuan bagian laki-laki dua kali bagian perempuan, (7) jika ahli waris terdiri dari *dzawil furud* dan jumlah bagian ahli waris melebihi nilai satu, maka dilakukan *aul*, dan (8) jika ahli waris terdiri dari *dzawil furud* dan jumlah bagian ahli waris kurang dari nilai satu, maka dilakukan *rad*. *Rad* tidak berlaku untuk janda dan duda.

H. Dari uraian dan penjelasan di atas, apabila dilihat dari bekerjanya hukum kewarisan dalam Islam, adalah pertama berupa tahap formulasi (pembuatan norma hukum) maka tahap berikutnya adalah tahap aplikasi (penerapan) apabila terjadi sengketa atau kasus baik yang diselesaikan secara non litigasi maupun secara litigasi di Pengadilan Agama. Untuk memudahkan pemahaman di bawah ini diberikan sebagai contoh pemecahan dan pembagian warisan sesuai derajat kelompok ahli waris sebagai berikut:[391]

1. Ahli waris terdiri dari duda, anak dan/atau keturunannya, ayah dan ibu. Maka pembagiannya sebagai berikut: duda memperoleh ¼, ayah memperoleh 1/6, ibu memperoleh 1/6, anak dan/atau keturunannya memperoleh sisa.
2. Ahli waris erdiri dari janda, anak dan/atau keturunannya, ayah dan ibu. Maka pembagiannya sebagai berikut: janda memperoleh 1/8, ayah memperoleh 1/6, ibu memperoleh 1/6, anak dan/atau keturunannya memperoleh sisa.
3. Ahli waris terdiri dari duda, ayah dan ibu. Maka pembagiannya sebagai berikut: duda memperoleh ½, ayah memperoleh 1/3, ibu memperoleh 1/3. Karena bagian waris lebih dari 1 (satu), maka dilakukan *aul*.
4. Ahli waris terdiri dari janda, ayah dan ibu. Maka pembagiannya sebagai berikut: janda memperoleh ¼, ayah 1/3, ibu 1/3. Sisanya di *rad* kepada ayah dan ibu berbagi sama.

---

[391] Mahkamah Agung Republik Indonesia, Pedoman Teknis Administrasi dan Teknis Peradilan Agama, *Ibid.*, hal. 176-179.

5. Ahli waris terdiri dari janda/duda, ibu dan seorang saudara laki-laki/perempuan (sekandung, seayah atau seibu). Maka pembagiannya sebagai berikut: janda memperoleh 1/4 atau jika duda ia memperoleh ½, ibu memperoleh 1/3 dan seorang saudara laki-laki/perempuan (sekandung, seayah atau seibu) memperoleh 1/6 bagian. Jika jumlah bagian lebih dari nilai 1 (satu), maka harus dilakukan *aul* dan jika jumlah bagian kurang dari satu, maka harus dilakukan *rad.*
6. Ahli waris terdiri dari janda/duda, ibu dan dua orang atau lebih saudara laki-laki/perempuan (sekandung, seayah atau seibu). Maka pembagiannya sebagai berikut: Janda memperoleh ¼, atau jika duda memperoleh ½, Ibu memperoleh 1/6 dan dua orang atau lebih saudara perempuan (sekandung, seayah atau seibu) memperoleh 1/3 bagian. Jika jumlah bagian lebih dari nilai 1 (satu), maka harus dilakukan *aul*, jika jumlah bagian lebih kecil dari nilai 1 (satu) dilakukan *rad.*
7. Ahli waris terdiri dari janda/duda, kakek dan nenek pihak ayah, kakek dan nenek pihak ibu, seorang saudara laki-laki/perempuan sekandung, seayah atau seibu). Maka pembagiannya sebagai berikut: janda memperoleh ¼ atau jika duda ia memperoleh ½, kakek dan nenek pihak ayah memperoleh 1/3 berbagi sama, seorang saudara laki-laki/perempuan (sekandung, seayah atau seibu) memperoleh 1/6. Jika jumlah bagian lebih dari 1 (satu) dilakukan aul untuk kakek dan nenek pihak ayah dan biu serta saudara. Jika jumlah bagian kurang dari nilai 1 (satu) dilakukan *rad.*

8. Ahli waris terdiri dari janda/duda, kakek dan nenek dari pihak ayah dan ibu serta dua orang atau lebih saudara laki-laki atau perempuan (sekandung, seayah atau seibu). Maka pembagiannya sebagai berikut: Janda memperoleh ¼ atau jika duda ia memperoleh ½, kakek dan nenek pihak ayah masing-masing memperoleh 1/6 berbagi sama, kakek dan nenek pihak ibu memperoleh 1/6 berbagi sama, dua orang atau lebih saudara laki-laki/perempuan (sekandung, seayah atau seibu) memperoleh 1/3 bagian. Jika jumlah nilai bagian kurang dari nilai 1 (satu), maka dilakukan rad untuk kakek dan nenek pihak ayah dan pihak ibu serta dua orang atau lebih saudara laki-laki/perempuan (sekandung, seayah atau seibu). Jika jumlah bagian melebihi nilai 1 (satu), maka dilakukan *aul*.
9. Ahli waris terdiri dari janda/duda, paman/bibi pihak ayah dan ibu dan/atau keturunannya. Maka pembagiannya sebagai berikut: Janda memperoleh ¼ atau jika duda ia memperoleh ½, paman/bibi dari paihak ayah dan/atau keturunannya memperoleh bagian ayah (1/3 bagian), paman/bibi dari pihak ibu dan/atau keturunannya memperoleh bagian ibu (1/3 bagian). Jika jumlah bagian kurang dari nilai 1 (satu), maka dilakukan *rad* untuk paman/bibi dari pihak ayah atau ibu dan/atau keturunannya. Jika jumlah bagian lebih dari 1 (satu), maka dilakukan *aul*.
10. Pembagian harta warisan yang ahli warisnya sudah bertingkat akibat berlarut-larutnya harta warisan tidak dibagi, harus dilakukan pembagian secara jelas ahli waris dan harta warisannya dalam setiap tingkatan.

Sebagai contoh berikut ini:[392] A (suami) dan B (istri) memiliki anak C, D (laki-laki) dan E (perempuan). A meninggal dunia tahun 1955. B meninggal dunia tahun 1960. D meninggal dunia tahun 1975 dengan meninggalkan 3 orang anak F, G, dan H. Adapun pembagian warisannya sebagai berikut:

Ahli waris A adalah B, C, D, dan E.

Ahli waris B adalah C, D, dan E.

Ahli waris D adalah F, G (laki-laki) dan H (perempuan). Maka amar putusannya harus berbunyi sebagai berikut:

1. Mengabulkan gugatan penggugat seluruhnya/sebagian;
2. Menetapkan ahli waris A adalah B, C, D, dan E;
3. Menetapkan harta warisan A adalah X;
4. Menetapkan bagian masing-masing ahli waris A adalah sebagai berikut:
   4. 1. B memperoleh 1/8 x X;
   4. 2. C memperoleh 7/8 x X;
   4. 3. D memperoleh 7/8 x X;
   4. 4. E memperoleh 7/8 x X.
5. Menetapkan ahli waris B adalah C, D, dan E.
6. Menetapkan harta waris B adalah Y.
7. Menetapkan bagian ahli waris B adalah sebagai berikut:
   7. 1. C memperoleh 2/5 x Y;
   7. 2. D memperoleh 2/5 x Y;

[392] *Ibid.*, hal. 178 – 179.

7. 3. E memperoleh 1/5 x Y.

8. Menetapkan ahli waris D adalah F, G, dan H.

9. Menetapkan harta warisan D adalah N;

10. Menetapkan bagian ahli waris D adalah sebagai berikut:

10. 1. F memperoleh 2/5 x N;

10. 2. G memperoleh 2/5 x N;

10. 3. H memperoleh 1/5 x N.

Termasuk yang berkaitan dengan hukum kewarisan dalam Islam adalah *wasiat* dan *hibah*. Hukum wasiat dan hibah diatur dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagai berikut:

1. Wasiat dan hibah merupakan perbuatan hukum seseorang untuk mengalihkan harta benda miliknya kepada orang lain atas dasar *tabarru'* (berbuat baik). Wasiat dan hibah termasuk bentuk perikatan, dalam pelaksanaannya bisa terjadi tidak memenuhi syarat-syarat perikatan, atau perikatan tersebut melanggar undang-undang.
2. Lembaga-lembaga adat yang bentuknya memindahkan hak dari pemilik harta kepada pihak anaknya atau pihak lain tetap berlaku dan tidak tunduk kepada ketentuan hukum wasiat dan hibah. Pasal 229 Kompilasi Hukum Islam (KHI) dinyatakan " Hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan".

3. Dalam hal terjadi sengketa wasiat dan hibah, baik disebabkan oleh karena wasiat dan hibah tersebut tidak memenuhi syarat suatu perikatan atau melanggar undang-undang, maka Peradilan agama dapat melakukan hal-hal sebagai berikut:[393] (a) gugatan pembatalan maupun pengesahan hibah dan wasiat diajukan kepada Pengadilan Agama dalam daerah di mana pihak tergugat atau salah satu tergugat bertempat tinggal, dan kepada Pengadilan Agama di daerah di mana obyek sengketa benda tetap berada atau ditempat tergugat, bila obyek sengketa berupa benda bergerak, (b) gugatan pembatalan hibah dan wasiat maupun pengesahan hibah dan wasiat harus berbentuk *kontensius*, dan (c) ahli waris atau pihak yang berkepentingan dapat mengajukan gugatan pembatalan hibah dan wasiat, bila hibah melebihi 1/3 harta benda pemberi wasiat atau pemberi hibah.

4.3.3 Perkembangan Pemikiran Hukum Kewarisan Islam

Hukum perdata yang beraku di Indonesia, termasuk di dalamnya hukum kewarisan sampai sekarang masih beraneka ragam (pluralisme), masih belum mempunyai kesatuan hukum yang dapat diterapkan untuk seluruh warga negara Indonesia. Keanekaragaman hukum waris tersebut dapat dilihat dari adanya pembagian hukum waris kepada:[394] (1) hukum waris yang terdapat dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (BW), Buku I Bab XII sampai dengan Bab XVIII dari Pasal 830 sampai dengan Pasal 1130, (2) hukum waris yang terdapat dalam hukum Adat, yaitu dalam bagian hukum waris Adat, dan (3) hukum waris yang

[393] *Ibid.*, hal. 180-181.

[394] Suparman Usman dan Yusuf Somawinata, *Fiqh Mawaris, Hukum Kewarisan Islam,* Cet. Pertama, (Jakarta, Gaya Media: 1977), hal. 189.

terdapat dalam hukum waris Islam, yaitu ketentuan hukum waris dalam fikih Islam yang disebut *mawaris* atau *ilmu faraidh* atau Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Hukum waris BW berlaku bagi orang-orang Tionghoa dan Eropa, hukum waris Adat berlaku bagi orang-orang Indonesia asli, sedangkan hukum waris Islam berlaku bagi orang-orang Indonesia asli yang beragama Islam. Menurut Hazairin, salah seorang ahli hukum Adat dan ahli hukum Islam, bahwa di Indonesia terdapat tiga macam sistem kewarisan, yaitu:[395] (1) sistem kewarisan individual, yang cirinya ialah bahwa harta peninggalan dapat dibagi-bagikan pemilikannya di antara ahli waris seperti pada masyarakat *bilateral* di Jawa dan dalam masyarakat *patrilineal* di Tanah Batak, (2) sistem kewarisan kolektif, yang cirinya ialah bahwa harta peninggalan itu diwarisi oleh sekumpulan ahli waris yang merupakan semacam badan hukum di mana harta tersebut, yang disebut *harta pusaka*, tidak boleh dibagi-bagikan pemilikannya kepada mereka itu, seperti dalam masyarakat *matrilineal* di Minangkabau, dan (3) sistem kewarisan *mayorat*, di mana anak tertua pada saat matinya si pewaris berhak tunggal untuk mewarisi sejumlah harta pokok dari satu keluarga, seperti dalam masyarakat *patrilineal* yang beralih-alih di Bali (hak *mayorat* anak laki-laki yang tertua).

Ada dua unsur pokok yang menentukan bentuk hukum kewarisan, yaitu sifat kekeluargaan dan bentuk pemilikan atas harta seperti yang dijelaskan di atas. Masing-masing unsur itu banyak dipengaruhi oleh agama, adat- istiadat dan budaya modern (Barat). Ketiga pengaruh itu telah melembaga dalam bentuk

---

[395] *Ibid.*, hal. 190.

hukum sebagaimana dilihat manifestasinya dalam tiga bentuk hukum kewarisan yang berlaku di Indonesia saat ini.

Kekerabatan yang berlaku dalam lingkungan hukun Adat pada dasarnya terlihat dalam tiga bentuk, yaitu:[396] (a) sifat kebapakan (*patrilineal*), yaitu sifat kekerabatan yang nenarik garis nasab ke atas dan kewabahnya hanya melalui garis bapak atau laki-laki. Hal yang pokok pada kekerabatan menurut bentuk kebapakan ini ialah adanya *perkawinan jujur* yang bentuk aslinya adalah terlepasnya anak perempuan yang sudah kawin dari lingkungan kekerabatan ayahnya dan dengan *uang jujur* yang diberikan oleh pihak suami, si istri masuk ke dalam kekeranatan suaminya, (b) sifat keibuan (*matrilineal*), yaitu sifat kekerabatan yang menarik nasab ke atas dan ke bawah semata melalui garis ibu atau perempuan. Yang pokok dalam sifat kekerabatan keibuan ini ialah perkawinan semenda, yaitu suami didatangkan dari luar lingkungan kerabatnya, meskipun si laki-laki sudah kawin dan masuk ke dalam lingkungan kelompok, namun ia masih tetap dalam lingkungan kerabatnya semula, dan (c) sifat keibubapakan (*parental*), yaitu sifat kekerabatan yang menentukan garis nasab ke atas dan ke bawah melalui ibu dan juga melalui bapak. Dalam bentuk kekerabatan parental ini tidak terdapat perbedaan antara ayah dan ibu dari segi kedudukannya dalam keluarga. Akibatnya si anak mempunyai dua hubungan kekerabatan yaitu dari pihak ibu dan dari pihak ayah.

Dalam hukum Islam sifat kekerabatan yang berlaku adalah *parental*, oleh karenanya warga negara yang mengikuti kewarisan Islam telah mengikuti sistem

---

[396] Amir Syarifuddin, *Pemikiran dalam Hukum Islam*, Cet. 2 (Padang, Penerbit Angkasa Raya: 1993), hal. 143-144.

kekerabatan parental sesuai petunjuk al-Qur'an. Demikian pula warga negara yang mengikuti hukum kewarisan menurut BW menjalankan sifat kekerabatan parental sebagaimana terlihat dalam pelaksanaannya.

Adapun perkembangan pemikiran atau gagasan dalam pembaharuan hukum kewarisan Islam sebagai wujud perkembangan sosial dan kebiasaan yang terjadi dan tumbuh dalam kesadaran masyarakat melahirkan beberapa gagasan pembaharuan dalam pembagian warisan. Secara substantif pembaharuan tersebut lebih berada pada tataran aplikasi hukum (*tatbiq al-ahkam*), sebagai upaya mengangkat kenyataan hukum yang berada dalam kesadaran masyarakat, akomodasi ke dalam sistem hukum yang kemudian diformulasikan dalam legislasi hukum sebagai peraturan perundang-undangan sebagai hasil ijtihad individu atau hasil ijtihad atau kesepakatan para *ulama'* yang disebut *ijtihad jama'i* (ijtihad kolektif). Di antara gagasan pembaharuan itu, ialah:[397] pembagian warisan dengan cara damai, pembagian warisan ketika pewaris masih hidup, pembagian dengan sistem kolektif, dan pembagian warisan sistem *gonogini*.

Pembagian warisan dengan cara damai diakomodasi oleh Kompilasi hukum Islam (KHI) Pasal 183 dinyatakan: "Para ahli waris dapat bersepakat melakukan perdamaian dalam pembagian harta warisan setelah masing-masing menyadari bagiannya". Secara normatif, pembagian warisan hanya bisa dilakukan sesuai dengan ketentuan yang tertera secara kongkrit dalam al-Qur'an dan as-Sunnah yang menunjukkan (*dalalah*) *qath'i*. Namun dalam kenyataannya, masyarakat sering melakukannya secara berulang-ulang dengan cara perdamaian. Boleh jadi

[397] Ahmad Rofiq, Fiqh Mawaris, *op. cit.*, hal. 198 – 206.

karena dalam kenyataannya ahli waris yang menerima bagian besar, secara ekonomi telah berkecukupan, sementara ahli waris yang menerima bagian sedikit, masih berada dalam suasana kekurangan. Kebiasaan yang terjadi berulang ulang dalam masyarakat dan menimdulkan *kemaslahatan* disebut dengan "'*urf*" atau "'adat" yang artinya kebiasaan. Dan ini sejalan dengan kaidah hukum Islam *"al-'adat muhakkamah"* (kebiasaan itu dapat dijadikan hukum). Secara sosiologis, dalam masyarakat sering terjadi suatu tindakan yang terjadi secara berulang-ulang dan dapat membawa kebaikan.

Pembagian warisan ketika pewaris masih hidup. Secara normatif, pembagian warisan hanya dapat dilakukan ketika pewaris benar-benar meninggal dunia baru harta warisan itu dapat dibagikan kepada ahli waris. Akan tetapi dalam kenyataan yang berkembang dalam masyarakat, pihak orang tua (pewaris) menginginkan agar sepeninggalnya, anak-anaknya dan ahli waris lainnya tetap hidup dalam persaudaraan secara rukun. Untuk memenuhi keinginannya ini ditempuh cara hibah, yaitu membagi harta kekayaan ketika pewaris masih hidup. Hal yang demikian ini, diakomodasi Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 212 dinyatakan: "Hibah dari orang tua kepada anaknya dapat diperhitungkan sebagai warisan". Yang perlu diperhatikan di dalam pembagian warisan ketika pewaris masih hidup adalah keadilan, untuk menjaga kesamaan dalam hak perolehan harta dari orang tuanya, sehingga tidak terjadi perbedaan terhadap anak-anak, ada yang diberi hibah dari orang tua dan ada yang tidak diberi hibah dari orang tuanya, sehingga hibah orang tua kepada anaknya dapat diperhitungkan sebagai warisan.

Pembagian warisan dengan sistem kolektif, yaitu berupa harta warisan dari pewaris yang oleh ahli waris tidak dibagi-bagi, tetapi nilai atau hasil dari harta warisan itu dinikmati secara bersama (kolektif) atau disebut sistem pemilikan *kolektif*. Hal yang demikian itu diakomodasi oleh Kompilasi Hukum Islam (KHI) dengan pertimbangan pragmatisnya. Pasal 189 ayat (1) dinyatakan: "Bila harta warisan yang akan dibagi berupa lahan pertanian yang luasnya kurang dari dua hektar supaya dipertahankan sebagaimana semula, dan dimanfaatkan untuk kepentingan bersama para ahli waris yang bersangkutan". Dalam pasal yang sama ayat (2) dinyatakan: "bila ketentuan dalam ayat (1) pasal ini tidak memungkinkan karena di antara ahli waris yang bersangkutan ada yang memperlukan uang, maka lahan tersebut dapat dimiliki oleh seorang atau lebih ahli waris yang berhak sesuai dengan bagian masing-masing, dengan cara yang memiliki lahan menggantikan atau memberikan konpensari sebesar atau senilai bagian ahli waris yang membutuhkannya".

Pembagian warisan dengan sistem *gono-gini*. Harta *gono-gini* juga disebut harta bersama, yaitu harta yang diperoleh suami istri selama dalam masa perkawinan mereka, apakah istri secara formal bekerja dalam profesi tertentu di luar rumah atau sebagai ibu rumah tangga. Dalam Undang-undang No. 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan, Pasal 35 ayat (1) dinyatakan: "Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama" . Dalam praktik, sebelum harta warisan dibagikan kepada ahli waris yang ada dibagi dua dulu, separoh diberikan kepada pasangan yang hidup lebih lama dan baru separuh yang lain dibagikan kepada ahli waris. Hal yang demikian diatur dalam Pasal 96 Kompilasi

Hukum Islam (KHI) ayat (1) dinyatakan : "Apabila terjadi cerai mati, maka separoh harta bersama menjadi hak pasangan yang hidup lebih lama".

Perkembangan pemikiran tentang kedudukan wanita dalam sistem hukum waris Islam, khusus mengenai perbedaan besarnya jumlah bagian antara wanita dengan laki-laki termasuk persoalan klasik yang terus dibahas dan diperdebatkan. Di kalangan masyarakat Islam sendiri, pernah masalah ini mencuat atas gagasan H. Munawir Sjadzali tentang gagasan reaktualisasi ajaran Islam. Pada dasarnya masyarakat Islam tidak keberatan atas gagasan tersebut. Namun ada suatu hal dalam gagasan itu yang kurang berkenan di hati masyarakat, terutama kalimat yang berbunyi: "dari uraian di atas jelas bahwa bukan saya yang megatakan bahwa hukum waris Islam seperti yang dikemukakan al-Qur'an itu tidak adil, tetapi justru saya menyoroti sikap masyarakat yang tampaknya tidak percaya lagi kepada keadilan hukum Islam".[398] Kalimat di atas, berawal dari permasalahan yang menyangkut *QS. An-Nisa' (59) ayat 7*, yang menjadi sumber hukum atas ketentuan antara pembagian anak laki-laki dengan anak perempuan 2 : 1. Beliau mengemukakan ketentuan itu seolah-olah diskriminatif, sehingga kaum wanita menganggap ketentuan itu kurang adil.

Terhadap pendapat tersebut, timbul reaksi yang berpuncak menjadi polemik ada yang pro dan kontra, di samping itu ada yang menanggapi secara moderat dan ilmiah, yang dikemukakan antara lain: mungkin sebagian kita terlampau meletakkan tekanan pada kalimat *"faridhatan minallah"*, sehingga seluruh ayat itu takluk secara mutlak kepada kalimat tersebut. Akan tetapi kalau ditanya dari

---

[398] M. Yahya Harahap, " Kedudukan Wanita dalam Hukum Kewarisan (Bagian Kedua)," dalam *Mimbar Hukum No. 19 Thn. VI 1995*, hal. 5-6.

segi telaah hukum, dapat dikedepankan suatu konstruksi pemikiran hukum. Ketetapan (fariidhah) yang pokok dalam ayat tersebut, yaitu:[399] (1) memberi hak dan kedudukan kepada semua anak (laki-laki dan perempuan) untuk mewarisi harta peninggalan orang tuanya, (2) bagian seorang anak perempuan "minimal" setengah bagian seorang anak laki-laki, (3) apabila kesadaran umat Islam menghendaki, bagian minimal dapat ditingkatkan, dan (4) namun peningkatan bagian minimal tadi paling maksimal sama dengan bagian anak laki-laki.

Pendapat tersebut di atas, bertitik tolak pada hipotesis *"spiral syari'ah"* yang dikemukakan Zainuddin Sardar, yang menyatakan bahwa: *"syari'at Islam"* dapat melentur, tidak ubahnya seperti *spiral*, akan tetapi yang dapat dilenturkan adalah *"hudud"* nya, bukan "norma" nya. Demikian pula dikatakan, bahwa setiap rumusan hukum yang terdapat dalam al-Qur'an dan as-Sunnah terdiri dari dua unsur, yaitu: (1) unsur pertama berisi ketentuan normatif, bersifat abadi dan universal, berlaku untuk semua tempat dan waktu, tidak berubah dan tidak dapat diubah, dan (2) unsur kedua berisi ketentuan *hudud*, sifatnya elastis, sesuai dengan waktu, tempat dan kondisi sosial.[400]

Berarti jika teori spiral yang dipergunakan sebagai pendekatan terhadap *QS-an-Nisa' (59): ayat 7*, maka yang abadi dan universal ialah norma tentang hak dan kedudukan anak laki-laki dan perempuan untuk mewarisi harta warisan orang tuanya, sedangkan mengenai besarnya bagian adalah aturan *hudud* yang dapat dilenturkan.

---

[399] *Ibid.*, hal. 6.
[400] *Ibid.*, hal. 6.

Perkembangan pemikiran kesetaraan jender, juga diakomodir dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang merupakan *ijma' ulama'* Indonesia dan mendapat *legal force* (kekuatan hukum) dari pemerintah dengan memperhatikan *"living law"* (hukum yang hidup) di tengah-tengah masyarakat tanpa kehilangan *"ruh syari'at"*, dengan melakukan terobosan hukum yang kadang terkesan berbeda dengan fikih konvensional dan terobosan tersebut dilakukan dalam upaya memenuhi rasa keadilan masyarakat.

Di antara pasal-pasal yang dapat mengakomodir kesetaraan jender dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) yaitu: Pasal 1 huruf (f) yang cukup signifikan dalam menetapkan kemitraan suami – istri. Dalam kitab fikih klasik belum mengakui secara eksplisit eksistensi dan peran istri dalam melahirkan harta bersama, maka Pasal 1 huruf (f) cukup representatif mengakui peran istri. Adanya harta bersama tidak dikaitkan dengan siapa yang memperoleh dan tidak dikaitkan dengan pendaftarannya atas nama siapa. Menurut Kompilasi Hukum Islam (KHI) bagaimanapun pola relasi suami istri dan masing-masing pihak tidak dapat melakukan perbuatan hukum terhadap harta bersama tanpa persetujuan pihak lain.

Pasal 29 ayat (3) Kompilasi Hukum Islam (KHI) secara ekplisit menetapkan bahwa kesetaraan jender suami istri dimulai sejak akad nikah. Perkawinan tidaklah menempatkan istri sub-ordinasi di bawah posisi suami. Dalam ayat *"arrijalu qauwamuna 'ala nisa' "* diartikan dengan "suami pelindung (*protector, maintainers*) istri". Bukan sebagai "pemimpin" yang terkesan lebih dominan dan otoriter. Demikian pun Pasal 45 sampai dengan Pasal 52 Kompilasi Hukum Islam (KHI) mengatur tentang perjanjian kawin. Dalam kitab-kitab fikih konvensional

tidak membahas perjanjian perkawinan. Terkesan bahwa akad nikah hanyalah perjanjian antara wali dengan suami, di mana mempelai wanita atau istri tidak berhak menyatakan pendapat atau kemauannya sehubungan dengan terjadinya peristiwa hukum perkawinan tersebut. Kompilasi Hukum Islam (KHI) secara eksplisit mencantumkan perjanjian perkawinan yang merupakan media untuk mempercepat terwujudnya *"mu'asyarah bil ma'ruf"*. Dengan adanya peluang untuk mengadakan perjanjian perkawinan, maka eksistensi dan peran istri sebagai mitar suami semakin kuat. Secara lebih lugas Pasal 51 kompilasi Hukum Islam (KHI) dinyatakan bahwa bila perjanjian perkawinan dilanggar, maka dapat dijadikan alasan oleh istri untuk pembatalan nikah atau alasan gugatan perceraian.

Kompilasi hukum Islam (KHI) Pasal 77 sampai dengan Pasal 79 tentang hak dan kewajiban serta kedudukan suami istri. Pandangan bahwa suami lebih dominan daripada istri dalam relasi perkawinan ditegaskan oleh ketiga pasal tersebut di atas. Suami tidak dapat memaksakan pendapat dan kemauannya kepada istri. Untuk hal-hal yang prinsip seperti upaya menciptakan rumah tangga *sakinah*, pengasuhan dan pemeliharaan anak, mereka harus bekerja sama. Jika salah satu pihak melalaikan kewajibannya, pihak lawannya dapat menggugat ke Pengadilan Agama agar pihak yang lalai tersebut memenuhi kewajibannya. Di samping itu, penentuan tempat kediaman bersama harus diputuskan bersama-sama.

Contoh di atas merupakan semangat kesetaraan jender yang diakomodir Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang berpengaruh terhadap hukum kewarisan yang berkaitan dengan persoalan-persoalan kemasyarakatan yang tumbuh dan

berkembang seiring dengan kemajuan masyarakat dan semakin heterogen suatu masyarakat semakin komplek pula persoalannya. Terobosan hukum yang dilakukan olehKompilasi Hukum Islam (KHI) di atas merupakan antisipasi adanya perubahan sosial sebagaimana telah diuraikan di atas, dan cukup signifikan untuk menjawab tuntutan kesetaraan jender dalam koridor yang dibenarkan oleh Islam.

Pasal-pasal yang dianalisis tersebut di atas menunjukkan bahwa Kompilasi Hukum Islam (KHI) merupakan *visi* masa depan dalam upaya menjadikan hukum Islam sebagai hukum positif bagi umat Islam. Pasal-pasal yang mengakomodir kesetaraan *jender* tersebut membuktikan bahwa hukum Islam di Indonesia telah maju selangkah dalam rangka pembangunan hukum nasional. Kompilasi Hukum Islam (KHI) telah mengembangkan semangat hukum Islam yang terdapat dalam berbagai sumber hukum seperti al-Qur'an, as-Sunnah dan lain sebagainya dalam upaya memenuhi rasa keadilan masyarakat, atas dasar prinsip *maslahah*.

Perkembangan pemikiran dalam hukum kewarisan Islam dalam konteks hukum kewarisan Indonesia tidak dapat dilepaskan dari cita-cita moral, cita-cita batin, suasana kejiwaan dan watak rakyat Indonesia, menunjukkan bahwa:[401] (a) watak dan suasana kejiwaan bangsa Indonesia yang meliputi sikap mental di dalam keimanan yang dibina oleh konsep hidup agama, hal ini tergambar jelas dengan adanya Sila Ketuhanan Yang Maha Esa dari Pancasila, (b) pandangan hidup rakyat indonesia adalah pandangan hidup yang religius, yang banyak dibentuk oleh ajaran agama. Pancasila sebagai filsafat hidup bangsa dan negara

[401] Ichtijanto, "Kedudukan Anak Laki-laki dan Anak Perempuan dalam Hukum Kewarisan Islam di Masa Mendatang," dalam *Mimbar Hukum No. 27 Thn. VII*, hal. 46.

Indonesia tidak akan lepas dari nilai-nilai Ketuhanan Yang Maha Esa, dan (c) kesadaran hukum dan cita-cita hukum rakyat indonesia adalah berdasarkan nilai-nilai hukum agama dan menuju pada pelaksanaan hukum agama.

Berdasarkan uraian di atas, bagaimana prospek hukum waris nasional. Maka tidak dapat dilepaskan dari hukum keluarga Indonesia. Sistem perkawinan menentukan sistem keluarga dan sistem keluarga menentukan sistem kewarisan. Bentuk perkawinan menentukan sistem atau bentuk keluarga. Bentuk keluarga menentukan pengertian keluarga dan pengertian keluarga menentukan kedudukan dalam sistem kewarisan. Berkaitan dengan itu bahwa prospek hukum waris nasional, yaitu berdasarkan hukum kekeluargaan Indonesia yang menuju ke arah *parental*, hal ini terbukti dari yurisprudensi. Hukum waris nasional berdasarkan Pancasila mendudukkan dan menghormati hukum waris ajaran agama. Hukum kekeluargaan nasional Indonesia cenderung menjurus menciptakan kekeluargaan *parental* (*bilateral*). Sistem perkawinan nasional Indonesia ditentukan oleh hukum agama. Sistem perkawinan menentukan sistem kekeluargaan dan bentuk kekeluargaan danpengertian keluarga menentukan sistem kewarisan.

Dapat dilihat kecenderungan dalam hal kewarisan, bahwa hukum kewarisan sesuai dengan cita-cita moral, cita-cita batin dan cita hukum yang diinginkan oleh manusia pemeluk agama akan menjadi keinginan dan kesadaran batin secara nasional. Karenanya dapat diperkirakan akan makin tumbuhnya individualisme dalam masyarakat Indonesia. Gerakan emansipasi dan penuntutan hak kaum wanita juga akan tumbuh dan meningkat. Oleh karena itu sistem kekeluargaan *patrilineal* dan sistem kewarisannya akan ditinggalkan. Demikian pula sistem

kekeluargaan *matrilineal* akan ditinggalkan oleh masyarakat, karena pada masyarakat modern adanya kecenderungan makin besarnya tuntutan kepada suami untuk bertanggungjawab memimpin keluarganya yang terdiri dari istri dan anak-anaknya.[402]

Dari uraian tersebut di atas, maka dapat dipahami bahwa hukum kewarisan Islam adalah rasional, kasuistis dan mengikuti perkembangan zaman. Perubahan sosial dan hukum masyarakat akan mempengaruhi rasio hak waris antara laki-laki dan perempuan. Hukum kekeluargaan masa mendatang lebih condong menjadi *parental* (bilateral). Perjuangan di bidang hukum akan menghasilkan perkembangan hak-hak individu dan emansipasi antara wanita dengan laki-laki. Kehidupan masa mendatang memerlukan kesadaran akan fungsi-fungsi. Termasuk fungsi laki-laki dan wanita dalam keluarga. Khusus berkaitan dengan hak anak laki-laki dan anak perempuan dalam hukum kewarisan terdapat dua pandangan, yaitu: (1) sebagai hasil perjuangan emansipasi wanita, maka hak waris antara anak laki-laki dengan anak perempuan adalah sama, dalam arti satu banding satu, dan (2) setelah proses emansipasi wanitapun, karena laki-laki dan wanita adalah pasangannya, maka yang penting dalam hukum keluarga dan waris adalah fungsinya, karena fungsinya dalam keluarga dan tanggungjawabnya maka wanita mendapat bagian 1 dibanding 2 bagi laki-laki. Dengan kata lain berpandangan *"egalitarian"*, yaitu hak anak laki-laki dan wanita sama, dalam arti 1 : 1, dan pandangan yang lain mengatakan, bahwa sebagai wanita mempunyai hak yang sama dengan laki-laki. Dari sudut pandang fungsinya dalam keluarga, wanita

---

[402] *Ibid.*, hal. 47.

tidak mempunyai beban sama dengan laki-laki, karenanya hak anak wanita dibanding laki-laki adalah satu banding dua.

4.3.4 Perkembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI)

Tujuan utama Kompilasi Hukum Islam (KHI) yaitu mempositifkan hukum Islam di Indonesia, sebagai pegangan hakim agama dalam memutus perkara yang menjadi wewenangnya yang diajukan kepadanya. Termasuk kewenangan *absolud* Peradilan Agama, yaitu tentang hukum kewarisan. Termasuk pilar Peradilan agama yaitu adanya sarana hukum Islam sebagai rujukan berupa hukum positif Islam yang pasti dan berlaku secaca unifikasi. Perlu pengaturan dan perumusan hukumnya secara positif dan unifikatif. Penerapan yang menyangkut bidang-bidang hukum terapan di Pengadilan Agama masa lalu (termasuk hukum kewarisan) benar-benar mengandalkan ajaran fikih.

Berarti perkara yang diputus dalam bidang hukum kewarisan tersebut oleh Pengadilan Agama, bukan keadilan berdasarkan hukum, tetapi keadilan berdasarkan doktrin fikih.[403] Tidak ada rujukan hukum positif Islam yang bersifat unifikatif, terjadilah putusan-putusan yang berdisparitas antara satu pengadilan dengan pengadilan yang lain, antara hakim yang satu dengan hakim yang lain. Salah satu jalan yang harus dibenahi ialah melengkapi dengan prasarana hukum positif Islam yang bersifat unifikatif, untuk itu perlu jalan yang efektif,yang

[403] M. Yahya Harahap, "Informasi Materi Kompilasi Hukum Islam," dalam *Mimbar Hukum No. 5 Thn. III 1992*, hal. 27.

memenuhi persyaratan legalistik yang formil meskipun tidak maksimal dalam bentuk undang-undang, maka dipilihlah jalan pintas yang sederhada berupa Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) mengakomodasi problem hukum Islam masa kini. Hukum kewarisan Islam telah selesai pewahyuannya dalam al-Qur'an maupun penjelasannya dalam as-Sunnah, tetapi kehidupan atau kejadian-kejadian hukum itu datang berkembang dan dinamis. Untuk itu perlu pemecahan problem masalah hukum yang demikian itu, problem yang baru dipecahkan selalu berbarengan dengan problem baru yang segera pula menuntut pemecahan. Dengan demikian Kompilasi Hukum Islam (KHI) mengutamakan problem hukum Islam masa kini, yang dituju ialah ketentuan dan ketetapan kehendak yang mampu mengatur dan memperbaiki tatanan serta ketertiban kehidupan masyarakat Islam Indonesia.

Kita dituntut berusaha memahami Islam dan hukumnya untuk kehidupan, maka jalan yang terbaik ialah pemahaman untuk pengembangan dan pemecahan problem hukum masa kini. Dengan demikian, di samping perumusan Kompilasi Hukum Islam (KHI) bersumber al-Qur'an dan Sunnah serta menjadikan doktrin kitab fikih sebagai orientasi, juga mengutamakan sikap memilih alternatif yang lebih rasional, praktis dan aktual yang mempunyai potensi ketertiban dan kemaslahatan umum yang luas dan lebih aman dalam persamaan (egaliterian).[404]

Secara umum dapat dikatakan, bahwa ketentuan mengenai masalah hukum kewarisan yang diatur dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) secara garis besar

---

[404] *Ibid.*, hal. 37.

tetap mempedomani garis-garis hukum *faraidh*. Warna pemikiran asas "*qath'i*" dominan dalam perumusannya. Seluruhnya hampir mempedomani garis rumusan *nash* yang terdapat dalam al-Qur'an, hukum Islam produk wahyu, disebut syari'ah, bersifat pasti (*qath'i*) dan berlaku universal.

Dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) ketentuan hukum kewarisan perumusannya mengakomodasi atau kompromistik sedikit banyak dengan hukum adat. Semangat perumusannya telah mendekati sistem "*parental*" atau "*bilateral*" seperti terdapat dalam sistem kekeluargaan yang umum dalam kehidupan masyarakat Indonesia. Adapun sifat akomodatif yang dianut Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam masalah kewarisan lebih mengarah sikap modifikasi secara terbatas bersifat selektif dan hati-hati.

Modifikasi hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) secara selektif sebagai berikut:[405]

1. Tetap menempatkan status anak angkat di luar ahli waris dengan modifikasi melalui wasiat wajibah. Meskipun hukum adat menyamakan hak dan kedudukan anak angkat sama dengan status anak kandung, Kompilasi Hukum Islam (KHI) tidak mengadaptasi dan mengkompromikannya menjadi nilai hukum Islam. Hal ini dinyatakan dalam Pasal 171 huruf (h) " Anak angkat adalah anak yang dalam pemeliharaan untuk hidupnya sehari-hari, biaya pendidikan dan sebagainya beralih tanggungjawabnya dari orang tua asal kepada orang tua angkatnya berdasarkan putusan pengadilan". Dan Pasal 209 Kompilasi

[405] *Ibid.*, hal. 53-57.

Hukum Islam (KHI) dinyatakan: ayat (1) "Harta peninggalan anak angkat dibagi berdasarkan Pasal-pasal 176 sampai dengan 193 tersebut di atas, sedangkan terhadap orang tua angkat yang tidak menerima wasiat diberi wasiat wajibah sebanyak-banyaknya 1/3 dari harta warisan anak angkatnya, dan ayat (2) dinyatakan: "Terhadap anak angkat yang tidak menerima wasiat diberi wasiat wajibah sebanyak-banyaknya 1/3 dari harta warisan orang tua angkatnya".

2. Bagian anak perempuan tidak mengalami aktualisasi. Pasal 176 Kompilasi Hukum Islam (KHI) mengatur besarnya bagian antara anak-laki-laki dengan anak perempuan dalam pembagian warisan. Yang dinyatakan " ... dan apabila anak perempuan bersama-sama anak laki-laki, maka bagian anak laki-laki adalah dua berbanding satu dengan anak perempuan". Kepastian ketetapan pembagiannya tetap berpegang teguh pada *QS.an-Nisa': 11*. Untuk sekedar alternatif untuk kemantapan norma *QS .an-Nisa': 11*, Pasal 183 Kompilasi Hukum Islam (KHI) membuka kemungkinan untuk menyimpang melalui jalur "perdamaian". Dalam pasal tersebut dinyatakan: " Para ahli waris dapat bersepakat melakukan perdamaian dalam pembagian harta warisan, setelah masing-masing menyadari bagiannya". Dengan demikian jika Pasal 176 KHI dikaitkan dengan alternatif yang digariskan Pasal 183 KHI, patokan penerapan besarnya porsi pembagian harta warisan antara anak laki-laki dengan anak perempuan dapat dijelaskan sebagai berikut: (a) bagian anak laki-laki dua banding satu (2:1) dengan bagian anak perempuan, dan (b) akan tetapi

melalui perdamaian dapat disepakati oleh ahli waris jumlah bagian yang menyimpang dari ketentuan Pasal 176 KHI.

3. Penertiban warisan yang diperoleh anak yang belum dewasa. Selama ini belum ada penertiban di kalangan masyarakat Islam atas perolehan harta warisan yang diterima anak yang belum dewasa. Pengurusannya dan pemeliharaannya diserahkan berdasarkan kepercayaan saja kepada seseorang kerabat tanpa pengawasan dan pertanggungjawaban. Akibatnya pada saat anak dewasa, harta tersebut habis denga dalih beberapa alasan. Untuk mengantisipasi ketidak tertiban itu, Kompilasi Hukum Islam Pasal 184 dinyatakan: " Bagi ahli waris yang belum dewasa atau tidak mampu melaksanakan hak dan kewajibannya, maka baginya diangkat wali berdasarkan keputusan hakim atas usul anggota keluarga". Pasal tersebut menggariskan suatu kepastian penegakan hukum dalam hal: (a) untuk menjamin terpelihara keutuhan harta warisan yang menjadi bagian anak yang belum dewasa diangkat "*wali*", dan pengangkatan wali berdasarkan putusan hakim (pengadilan). Adapun pasal-pasal Kompilasi Hukum Islam yang berkaitan dengan pemeliharaan keutuhan harta warisan yang menjadi bagian anak yang belum dewasa oleh walinya di yaitu (b) perwalian berlangsung sampai anak berumur 21 tahun (Pasal 107 KHI), wali sedapat mungkin dari keluarga anak (Pasal 107 ayat (4) KHI), perwalian meliputi dari harta kekayaan si anak (Pasal 107 ayat (2) KHI), wali pertanggungjawan terhadap harta orang yang berada di bawah perwaliannya (Pasal 110 ayat (3) KHI), wali dilarang mengikat,

membebani dan mengasingkan harta orang yang berada di bawah perwaliannya (Pasal 110 ayat (2) KHI), dan pertanggung jawaban wali harus dibuktikan dengan pembukuan yang ditutup tiap satu tahun sekali (Pasal 110 ayat (4) KHI).

4. Melembagakan *Plaatsvervulling* secara Modifikasi. Dinyatakan dalam Pasal 185 Kompilasi Hukum Islam ayat (1) ahli waris yang meninggal lebih dahulu daripada sipewaris maka kedudukannya dapat digantikan oleh anaknya, kecuali mereka yang tersebut dalam Pasal 173, dan ayat (2) dinyatakan: "bagian bagi ahli waris pengganti tidak boleh melebihi dari bagian ahli waris yang sederajat dengan yang diganti". Pasal 185 KHI melembagakan *"plaatsvervulling"* ke dalam hukum Islam. Ketentuan ini merupakan suatu terobosan terhadap pelenyapan hak cucu atas harta warisan ayah apabila ayah lebih dulu meninggal dari kakek. Mengenai pelembagaan ini ada beberapa hal yang penting, yaitu (a) pelembagaannya melalui pendekatan kompromistik dengan hukum adat atau nilai-nilai hukum Eropa, (b) cara perkembangannya tidak mengikuti pendekatan melalui bentuk "wasiat wajibah", tetapi langsung secara tegas menerima konsepsi yuridis waris pengganti (*plaatsvervulling*) baik dalam bentuk dan rumusan, dan (c) penerimaan lembaga ini tidak secara bulat, tetapi dalam bentuk modifikasi dalam acuan penerapan, yaitu bagian ahli waris pengganti tidak boleh melebihi bagian ahli waris yang sederajat dengan yang diganti, jadi apabila waris pengganti seorang saja, dan ayahnya hanya mempunyai seorang saudara perempuan, agar bagiannya sebagai

seorang ahli waris pengganti tidak lebih besar dari bagian saudara perempuan ayahnya, maka harta warisan dibagi dua antara waris pengganti dengan bibinya. Motifasi pelembagaan waris pengganti didasarkanatas asas keadilan dan perikemanusiaan. Tidak layak dan tidak adil dan tidak manusiawi menghukum seorang tidak berhak menerima warisan yang semestinya harus diperoleh ayahnya hanya oleh karena faktor ayahnya lebih dulu meninggal dari kakeknya. Apalagi jika hal ini dikaitkan dengan fakta pada saat kakek meninggal, anak-anaknya sudah mapan sebaliknya cucu oleh karena ditinggal yatim, menjadi tidak mampu, maka demi keadilan ia mendapatkan bagian waris untuk memperoleh apa yang semestinya dari ayahnya.

5. Ayah angkat berhak 1/3 sebagai wasiat wajibah. Seperti yang dikemukakan di atas status anak angkat tidak berkedudukan sebagai anak kandung, oleh karena itu pula ayah angkat tidak menjadi ahli waris dari anak angkat. Akan tetapi kenyataan hubungan ini tidak dapat dipungkiri secara hukum, maka secara fakta yuridis Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 209 ayat (2) memodifikasi suatu keseimbangan hak dan kedudukan antara anak angkat denganayah angkat dalam hubungan waris mewaris, bahwa anak angkat berhak mendapat 1/3 berdasarkan konstruksi hukum "wasiat wajibah", dan sebaliknya ayah angkat berhak mendapat 1/3 berdasarkan konstruksi hukum "wasiat wajibah". Maka wasiat wajibah seseorang dianggap menurut hukum telah menerima wasiat meskipun tidak ada wasiat secara nyata *in konkreto*. Anggapan hukum ini lahir dari

asas apabila dalam suatu hal hukum telah menetapkan harus wajib berwasiat, maka ada atau tidak ada wasiat dibuat, wasiat itu dianggap ada dengan sendirinya.

6. Penertiban dan penseragaman hibah. Perumusan hibah yang diatur dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) mengalami modifikasi dan ketegasan kepastian demi untuk terciptanya persepsi yang sama baik antara penegak hukum maupun bagi anggota masyarakat. Modifikasi yang berupa penegasan dan pengembangan persepsi tersebut antara lain: (a) pembatasan secara difinitif, yaitu tentang umur penghibah minimal 21 tahun, serta pembatasan secara difinitif kebolehan jumlah harta yang dihibahkan tidak lebih dari 1/3. Selama ini terdapat kesimpang siuran pendapat tentang kebolehan ini, ada sementara pandangan yang menghibahkan seluruh harta dan sebaliknya pula ada yang berpandangan penghibahan tidak boleh melenyapkan hak ahli waris dan selebihnya ada yang berpendapat hanya boleh 1/3. Memperhatikan berbagai ragam pendapat tersebut telah timbul dalam praktek, putusan-putusan pengadilan yang sangat berdisparitas, akibatnya penegakan hukum dalam kasus hibah menimbulkan kebingungan masyarakat, (b) secara kasuistis, hibah dapat diperhitungkan sebagai warisan. Penghibahan yang dilakukan orang tua kepada anaknya dalam hal tertentu dapat diperhitungkan sebagai warisan. Cuma Kompilasi Hukum Islam (KHI) tidak memberi patokan secara jelas kapan suatu hibah kepada anak diperhitungkan sebagai warisan. Secara kasuistis dapat dikemukakan di sini beberapa patokan antara lain, harta

yang diwarisi sangat kecil, sehingga kalau hibah yang diterima salah seorang anak tidak diperhitungkan sebagai warisan, ahli waris yang lain tidak memperoleh pembagian warisan yang berarti, serata penerima hibah yang berkecukupan sedang ahli waris yang lain tidak berkecukupan, sehingga penghibahan itu memperkaya yang sudah berkecukupan, oleh karena itu pantas dan layak untuk memperhitungkannya sebagai warisan, dan (c) kebolehan orang tua menarik hibah yang diberikan kepada anak secara kasuistik. Masalah inipun masih bersifat *ikhtilaf*, ada yang berpendapat tidak boleh dicabut kembali dan larangan ini bersifat mutlak, sebaliknya ada yang berpendapat boleh ditarik kembali secara kasuistik. Ternyata kompilasi Hukum Islam (KHI) memilih pendapat yang membolehkan penarikan secara kasuistik apabila penghibahan yang terjadi antara orang tua dengan anak. Misalnya, anak penerima hibah sama sekali tidak memperdulikan kehidupan orang tua yang sudah tua dan miskin, sedang kehidupan anak berkecukupan. Atau penerikan didasarkan atas hibah bersyarat. Umpamanya dalam perjanjian penghibahan ada ditentukan syarat bahwa anak menerima hibah akan mengurus dan menanggung kehidupan orang tua selama hidup, apabila ternyata hal itu tidak dipenuhi si anak yang menerima hibah bersyarat itu, dalam hal ini penghibah dapat menarik kembali hibahnya.

B A B V

IJTIHAD HAKIM PERADILAN AGAMA TENTANG PENGEMBANGAN HUKUM KEWARISAN DALAM KOMPILASI HUKUM ISLAM DAN KONTRIBUSINYA TERHADAP HUKUM NASIONAL

Dari judul: " TRANSFORMASI HUKUM ISLAM KE DALAM HUKUM NASIONAL (Studi Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam dan Kontribusinya terhadap Hukum Nasional) dengan mengangkat permasalahan yang telah teridentifikasi dalam identifikasi masalah, maka dalam bab V ini merupakan bab hasil penelitian dan pembahasan dengan memperhatikan metode penelitian yang digunakan seperti yang tertuang dalam sub 1.8 bab 1. Adapun hasil penelitian dan pembahasan sebagai berikut.

5. 1 Transformasi Hukum Islam Ke Dalam Hukum Nasional

Transformasi mempunyai makna mengubah rupa, bentuk, sifat, fungsi atau mengalihkan. Maksud transformasi hukum Islam ke dalam hukum nasional di sini, yaitu perubahan rupa, bentuk (sifat) atau mengalihkan hukum Islam (diubah, dialihkan dan disumbangkan) kepada hukum nasional, sehingga hukum Islam itu tidak saja milik orang Islam, tetapi hukum Islam itu milik nasional (Indonesia) akibatnya menjadi hukum nasional dengan menggunakan kerangka "teori transformasi hukum Islam terhadap hukum nasional" atau "teori pembinaan" hukum nasional

sebagai pisau analisis. Adapun hukum nasional yaitu peraturan yang dibuat oleh pemerintah (eksekutif) bersama-sama dengan badan legislatif yang berlaku bagi semua orang di suatu masyarakat (nagara).

Pembangunan atau pembinaan hukum nasional adalah pembinaan asas-asas hukum, prinsip hukum dan kaidah-kaidah hukum yang mampu menjadi sarana dan menjamin keadilan, kebenaran, ketertiban dan kepastian hukum sehingga terwujud suatu masyarakat Indonesia yang bebas, sama, damai dan sejahtera. Dari sudut ini, pembinaan hukum nasional mengandung makna pembaharuan dan pembentukan asas-asas hukum , prinsip-prinsip hukum, dan kaidah hukum baru.

Ada dua cara yang ditempuh dalam pembinaan hukum nasional, yaitu melalui pembentukan perundang-undangan dan melalui putusan-putusan hakim atau yurisprudensi.[406] Pada saat ini, dalam sistem hukum apapun yurisprudensi menduduki tempat yang sangat penting, karena dalam yurisprudensi orang dapat menemukan wujud kaidah hukum yang kongkret, di samping itu sesuai dengan fungsi hakim, melalui yurisprudensi dimungkinkan adanya penyesuaian kaidah hukum dengan tuntutan perubahan, baik perubahan keadaan maupun perubahan rasa keadilan. Dalam bentuk-bentuk penyesuaian, antara lain melalui penafsiran suatu kaidah perundang-undangan, mungkin tidak lagi mempunyai arti efektif. Dalam keadaan seperti itu, sistem hukum suatu

[406] Wawancara dengan Bagir Manan (Mantan Ketua Mahkamah Agung Republik Indonesia) di Universitas Islam Sultan Agung (Unissula) Semarang, pada tanggal 20 Januari 2010.

masyarakat atau negara akan lebih dicerminkan oleh rangkaian yurisprudensi daripada oleh rangkaian peraturan perundang-undangan.

Wujud transformasi dari putusan atau yurisprudensi dari Peradilan Agama dalam (pembinaan) hukum nasional, yaitu: putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama yang digali dari ajaran atau hukum Islam atau penerapan ajaran atau hukum Islam, akan menjelma dalam bantuk sebagai berikut.

Pertama, penemuan asas dan prinsip hukum. Asas dan prinsip hukum merupakan sub sistem terpenting dari suatu sistem hukum. Tiada sistem hukum tanpa asas hukum. Asas hukum dan prinsip hukum berada pada peringkat yang lebih atas daripada sistem kaidah. Bukan hanya yang sifatnya universal, melainkan di dalam asas hukum tercermin tata nilai dan pesan-pesan kultural yang semestinya diwujudkan oleh suatu kaidah hukum. Ke dalam asas-asas hukum dan prinsip-prinsip hukum yang digali dari ajaran dan hukum Islam termuat pesan tata nilai religius yang menjadi watak dan karakter rakyat dan bangsa Indonesia. Tata nilai religius yang secara tradisional dalam salah satu cara berpikir rakyat dan bangsa Indonesia ialah "magis religius" yang kemudian tersempurnakan dalam bentuk kepercayaan kepada Tuhan Yang Maha Esa.

Kedua, Pembentukan kaidah-kaidah hukum. Peran putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama di sini adalah sebagai media transformasi kaidah-kaidah yang bersumber dari ajaran dan hukum Islam menjadi bagian dari sistem hukum nasional. Dengan demikian tidak akan ada lagi dualisme antara

hukum Islam dan hukum nasional karena tercermin secara utuh dalam yurisprudensi.

Ketiga, Tidak pula kurang pentingnya kalau yurisprudensi Peradilan Agama dapat mentransformasikan, melahirkan, atau mengadaptasi ajaran (doktrin) hukum menurut ajaran Islam menjadi ajaran (doktrin) dalam sistem hukum nasional. Dan pada akhirnya dari segi yang lain, yurisprudensi Peradilan Agama dapat pula mengandung makna penyesuaian kaidah-kaidah fikih yang dipandang tidak sesuai lagi dengan tuntutan dan perkembangan zaman atau karena meningkatnya kemampuan memahami ajaran Islam yang menjadi sumber atau yang mempengaruhi suatu kaidah fikih.[407]

Dengan demikian dari hasisl analisis tersebut di atas sangat urgen peran putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama berkaitan dengan (pembinaan) hukum nasional, orang dapat menemukan wujud kaidah hukum yang kongkrit karena tuntutan perubahan keadaan maupun rasa keadilan. Disamping itu yurisprudensi berperan pula dalam mengisi kekosongan hukum, khususnya kekosongan peraturan perundang-undangan. Peraturan perundang-undangan adalah sekedar penjelmaan kehendak yang paling berpengaruh dan kenyataan atau hal-hal yang dapat dianggap oleh pikiran pada saat tertentu, sedangkan kehidupan berjalan terus, hal-hal baru dijumpai, hal-hal lama menjadi usang. Hukum yang mencerminkan suasana usang tidak mungkin diterapkan, sebaliknya hal-

[407] Bagir Manan, Peranan Peradilan Agama dalam Pembinaan Hukum Nasional, *op. cit.*, hal. 152-153.

hal yang baru belum diatur. Hakim melalui yurisprudensi, akan menjadi pemelihara keadilan, ketertiban dan kepastian melalui penciptaan kaidah baru dalam suatu situasi yang konkrit.

Peraturan perundang-undangan pada dasarnya adalah penjelmaan dari kehendak yang paling berpengaruh. Dengan perkataan lain, peraturan perundang-undangan tidak lain dari perwujudan kehendak politik, karena ia pada hakekatnya adalah "produk politik" dalam bentuk kaidah hukum. Dalam kaitan ini, akan tampak pula peran lain dari putusan hakim atau yurisprudensi. Yurisprudensilah yang mengubah "wajah politik" suatu peraturan perundang-undangan menjadi wajah hukum secara lebih murni. Hakim tidak lagi terutama berpedoman pada keinginan pembentuk peraturan perundang-undangan. Hakim terutama berpedoman pada tujuan hukum yang terkandung dalam peraturan perundang-undangan tersebut. Mengingat hal tersebut, tidak kecil arti putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama dalam sistem hukum nasional melalui pembinaan yurisprudensi yang baik dan teratur.[408]

Dalam transformasi ini, hukum Islam akan senantiasa bersikap antisipatif terhadap perkembangan sosial dan dalam perkembangan selanjutnya hukum Islam memberikan andil yang cukup besar bagi pembangunan hukum nasional. Pengaruh pilitik kenegaraan terhadap hukum Islam sangat signifikan, banyak perundang-undangan yang berlebel Islam, karena ini terjadi adanya hubungan kerjasama antara ulama' dengan

[408] *Ibid.*, hal. 152.

umara' dalam menjalankan fungsi masing-masing. Ulama' melakukan fungsi ijtihad baik *ijtihad fardhi* (individu) maupun *ijtihad jama'i* (kolektif) dan hasil ijtihad ulama' ini disebut fikih. Hasil ijtihad tersebut disumbangkan kepada umara' (legislatif dan eksekutif) yang mempunyai fungsi menetapkan undang-undang, menegakkannya serta menjalankan eksekusi (melaksanakan hukum) sampai pada memberikan sanksi kepada pelanggar hukum. Hasil ijtihad hukum ulama' yang disumbangkan kepada umara' merupakan *siyasah syar'iyyah* (politik hukum) untuk melindungi dan mengatur kemaslahatan.

Politik suatu pemerintahan sangat berpengaruh terhadap semua kebijakan yang ada, termasuk kebijakan perundang-undangan yang berlaku. Selanjutnya untuk mengakomoder berbagai kepentingan dan kemajemukan hukum, pemerintah mempunyai *political will*, karena itu kemudian mulai bermunculan produk perundang-undangan yang mengakomodir hukum Islam, bahkan hukum Islam menjadi bahan baku pembentukan hukum nasional.

Transformasi hukum Islam ke dalam perundang-undangan hukum nasional, di samping perundang-undangan itu sendiri, juga transformasi asas-asas hukum Islam banyak yang terserap dalam hukum nasional. Suatu kenyataan yang akan memberikan prospek ke depan lebih baik, di mana hukum Islam akan menjadi inspirasi utama dalam pembentukan hukum nasional. Proses politik suatu negara akan menghasilkan banyak kebijakan, di antaranya adalah perundang-undangan. Perundang-undangan yang

merupakan produk hukum *in abstracto* memerlukan komponen lain yang akan menjadikannya ke dalam bentuk *in concreto*, yang memerlukan instrumen struktural yang mengejahwantanya di tengah masyarakat. Dari sini kemudian muncul institusi atau lembaga yang melahirkan perundang-undangan atau peraturan-peraturan yang menyentuh langsung masyarakat. Seperti Departemen Hukum dan HAM, Departemen Agama, Mahkamah Agung yang banyak mempengaruhi proses berkembangnya hukum Islam di Indonesia. Sebagai contoh adalah kerjasama antara Mahkamah Agung dengan Departemen Agama dalam merumuskan Kompilasi Hukum Islam (KHI). Kemudian dalam produk peradilan sebagai upaya penerapan hukum Islam dalam perkara tertentu melalui Peradilan Agama yang terhimpun dalam kumpulan yurisprudensi. Dengan demikian hakim (Peradilan Agama) memiliki peran penting dalam pembentukan hukum Islam.

Arah dan kebijakan hukum mendatang antara lain mengamanatkan agar diakui dan dihormati hukum agama (termasuk hukum Islam) dalam menata hukum nasional yang menyeluruh dan terpadu dan diupayakan agar segala peraturan perundang-undangan tidak bertentangan dengan moral agama. Allah mewajibkan kepada umat Islam untuk melaksanakan *syari'at* Islam dalam kehidupan mereka pribadi, bermasyarakat dan bernegara. Menegakkan *syari'at* sebagian membutuhkan bantuan alat perlengkapan negara dan sebagian yang lain tidak perlu bantuan alat perlengkapan negara, ia dilaksanakan langsung oleh pribadi masing-

masing. Karena adanya perubahan dari waktu ke waktu, maka perlu pemahaman syari'ah yang kontekstual yang disebut fikih, dalam rangka penerapan syari'ah dalam suatu sistem sosial dan pada waktu tertentu.

Masyarakat muslim Indonesia menerapkan dan mentransformasikan syari'ah melalui penerapan fikih dalam sistem sosial khas Indonesia, yang berbeda dengan sistem sosial yang melatar belakangi fikih konvensional berbagai mazhab yang dipelajari dan dikaji di Indonesia. Untuk memecahkan masalah mentransformasikan fikih atau hukum Islam sebagai *ius constituendum* dalam hukum nasional sebagai *ius constitutum* menggunakan pendekatan "teori pertingkatan hukum" yang dinyatakan, bahwa berlakunya suatu hukum harus dikembalikan kepada hukum yang lebih tinggi kedudukannya. Dengan demikian akan didapatkan pertingkatan sebagai berikut: (1) adanya cita hukum (*rechtsidee*) yang merupakan norma yang abstrak, (2) ada norma antara (*law in books*) yang dipakai sebagai perantara untuk mencapai cita-cita, dan (3) ada norma kongkrit (*concrete norm*) yang dinikmati orang sebagai hasil penerapan norma antara atau penegakannya di pengadilan.

Apabila "teori pertingkatan hukum" ini diterapkan pada permasalahan hukum Islam sebagai sumber hukum nasional, maka gambaran pertingkatan hukumnya sebagai berikut: (1) norma abstrak, yaitu nilai-nilai dalam kitan suci al-Qur'an (universal dan abadi dan tidak boleh dirubah manusia), (2) norma antara, yaitu asas-asas serta pengaturan, hasil kreasi manusia sesuai situasi, kondisi, budaya dan kurun waktu, muncul sebagai

peraturan negara, pendapat *ulama'*, pakar/ilmuwan, kebiasaan, dan (3) norma kongkrit, yaitu semua hasil penerapan dan pelayanan hukum kreasi manusia, serta hasil penegakan hukum di pengadilan (hukum positif, *living law*). Secara ringkas dapat dirumuskan sebagai berikut: (1) nilai-nilai Islam, (2) asas-asas dan penuangannya dalam hukum nasional, dan 3) terapannya dalam hukum positif serta penegakannya.

Metode atau teknik yang digunakan oleh ulama untuk menstranformasikan fikih dalam hukum nasional sebagai norma konkrit, adalah melalui metode hilah dengan pendekatan kultural. Contoh hukum yang berlaku di masyarakat muslim Indonesia yang berkaitan dengan agama Islam adalah hukum perkawinan, kewarisan dan perwakafan dan telah menjadi hukum nasional. Hukum Islam (fikih) berhadapan dengan hukum yang telah lama berlaku dalam masyarakat Indonesia. Para ulama' membiarkan hukum yang telah berlaku tersebut, akan tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan hukum Islam (fikih), tetapi mereka tahap demi tahap mengganti bahasa hukum yang telah berlaku dengan bahasa fikih. Dengan demikian para ulama' mentransformasikan hukum Islam (fikih) dengan hukum yang telah berlaku dan berupa hukum kebiasaan.. Oleh karena itu hukum kebiasaan yang telah ada tetap dibiarkan berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan fikih, tetapi bahasa hukumnya diganti dengan bahasa fikih.

Sebagi contoh, para ulama dalam menstransformasikan hukum kewarisan Islam dalam hukum Adat dengan dua cara, yaitu: (1)

mensosialisasikan hukum kewarisan Islam melalui peningkatan keislaman masyarakat, dengan sasaran masyarakat akan menerapkan hukum kewarisan Islam dan meninggalkan hukum kewarisan Adat yang bertentangan dengan hukum kewarisan tersebut, dan (2) mengganti hukum kewarisan Islam dengan hukum kewarisan hibah dan wasiat, yaitu sistem kewarisan dengan cara pemilik harta sebelum meninggal dunia membagi hartanya dengan keluarga dekatnya atau kepada orang-orang lain melalui lembaga hibah atau wasiat sesuai dengan kemauannya, sehingga setelah meninggalnya pewaris, hartanya sudah terbagi habis. Dalam bidang hukum perkawinan, ulama' mentransformasikan hukum perkawinan Islam dengan mengagantikan hukum perkawinan Adat dengan hukum perkawinan Islam, kemudian hukum perkawinan Adat tersebut diturunkan dari lembaga hukum menjadi ketentuan moral, dan kemudian hukum perkawinan Islam diberikan status sebagai hukum positif, dan dilaksanakan bersama-sama dengan ketentuan Adat sebagai moral.

Di era globalisasi ini, transformasi hukum Islam pada Abad XX pada negara-negara yang mayoritas penduduknya beragama Islam yang baru terlepas atau merdeka dari penjajahan Barat, yang pada waktu masa penjajahan di negara-negara tersebut diperlakukan hukum Barat baik hukum privat maupun hukum publiknya, kecuali hukum keluarga (*al-ahwal al-syakhshiyyah*) yang tetap berlaku baik secara materiil maupun secara formil, seperti Turki, Mesir.[409]

[409] Satria Efendi M. Zein, "Aliran Pemikiran Hukum Islam," *op. cit.* hal. 66.

Sesudah terlepas dari penjajahan yang kemudian merdeka, negara-negara tersebut berusaha untuk membentuk hukum nasionalnya sendiri menggantikan hukum kolonial. Dalam pembentukan hukum nasional mereka, mereka berusaha mentransformasikan hukum Islam dalam hukum nasional mereka. Untuk menjawab tantangan tersebut, serta untuk menjawab tantangan perubahan sosial yang ada, maka hukum Islam dapat ditransformasikan dengan menggunakan teknik-teknik sebagai berikut, yaitu:[410] (1) *takhsish al-qadla*, yaitu negara dapat mengambil kebijakan prosedural untuk memberikan wewenang kepada peradilan agar tidak menerapkan ketentuan hukum keluarga dalam situasi tertentu, tanpa berusaha untuk merubah substansi hukum Islam tersebut, (2) *takhayyur*, yaitu memilih ajaran-ajaran fikih selain dari mazhab mayoritas masyarakat, apabila pendapat tersebut lebih sesuai dengan perkembangan masyarakat tersebut. Teknik ini juga dikenal dengan teknik *talfiq*, yaitu menggabungkan beberapa ajaran mazhab yang berbeda, (3) *Reintrepretasi*, yaitu melakukan reinterpretasi baru terhadap ayat-ayat al-Qur'an dan as-Sunnah berkenaan dengan perubahan sosial, dan (4) *siyasah syar'iyyah*, yaitu berupa kebijakan penguasa untuk menerapkan peraturan perundang-undangan yang bermanfaat dan tidak bertentangan dengan syari'ah.

[410] Taufiq, "Transformasi Hukum Islam ke dalam Legislasi Nasional," *op. cit.* hal. 24

5. 2 Wujud dan Pertimbangan Hukum dalam Putusan Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam

Kasus Posisi A :[411] Latar belakang masalahnya sebagai berikut: "Pewaris hanya meninggalkan satu anak perempuan (ahli waris), yang *menghijab* saudara kandung laki-laki pewaris, dan ia (anak perempuan pewaris tersebut) mendapatkan seluruh bagian harta warisan dari ayahnya (pewaris)". Yurisprudensi Mahkamah Agung tersebut di atas, berbeda dengan norma hukum yang terlegalitas dalam al-Qur'an maupun Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang menentukan bagian ahli waris secara *al-furud al-muqaddara* (bagian yang ditentukan secara pasti). Di dalam *QS. An-Nisa'* (4): ayat 11 dinyatakan: " ..... Jika anak perempuan itu seorang saja, maka ia memperoleh separoh harta ..... ". Demikian juga dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagai hukum materiil yang digunakan sebagai pedoman hakim Peradilan Agama dalam bab III tentang Besarnya Bahagian, Pasal 176 dinyatakan: " Anak perempuan bila hanya seorang ia mendapat separoh bagian .... ". Adapun kerangka teori untuk menganalisis kasus ini adalah "teori penemuan atau pengembangan hukum".

Adapun kasus posisinya sebagai berikut, bahwa telah hidup dua orang laki-laki bersaudara, yaitu saudara kandung A dan saudara kandung B.

---

[411] ***Putusan Pengadilan Agama Mataran***: No. 85/Pdt. G/92/V/PA. MTR, tertanggal 5 Nopember 1992 M, bertepatan tanggal 10 Jumadil Awal 1413 H, Jo. ***Putusan Pengadilan Tinggi Agama Mataran:*** No. 19/Pdt. G/1993/PTA. MTR, tanggal 15 September 1993 M, bertepatan dengan tanggal 28 Rabiul Awal 1414 H, Jo. ***Putusan Mahkamah Agung RI***: No. 86 K/AG/194, tanggal 28 April 1995.

saudara kandung A telah meninggal dunia dan telah meninggalkan ahli waris (utama) yang semuanya telah meninggal dunia kecuali masih meninggalkan 1 (satu) anak perempuan. Disamping itu saudara kandung A, di samping meninggalkan ahli waris, juga meninggalkan harta warisan. Dahulu ketika saudara kandung A meninggal dunia harta tinggalannya belum dibagi waris, tetapi langsung dikuasai dan dikelola oleh saudara kandung (B), karena pada waktu itu anak perempuan almarhum (pewaris) masih kecil.

Berdasarkan alasan-alasan tersebut di atas, saudara kandung (B) mengajukan gugatan ke Pengadilan Agama untuk dapat menerima dan mengadili serta memberikan putusan antara lain menetapkan ahli waris dari almarhum termasuk Penggugat (saudara kandung B) dan menetapkan harta peniggalan yang belum dibagi wariskan kepada ahli waris dan melakukan pembagian warisan. Menimbang bahwa dari hasil pemeriksaan dalam sidang Pengadilan Agama tersebut diputuskan bahwa saudara laki-laki Pewaris mendapat pembagian harta warisan bersama-sama dengan anak perempuan Pewaris. Dengan demikian berarti bahwa saudara laki-laki dari Pewaris tidak *terhijab* atau terdinding oleh anak perempuan pewaris.

Atas putusan Pengadilan agama tersebut di atas Tergugat melakukan banding ke Pengadilan Tinggi Agama yang mengadili, memutuskan menguatkan putusan Pengadilan Agama untuk sebagian dan membatalkan sebagian lainnya dengan mengadili sendiri, sehingga berbunyi

selengkapnya dan atau sebagian sebagai berikut: "menetapkan bagian masing-masing ahli waris, yaitu anak perempuan pewaris (Tergugat I) mendapat ½ (setengah) dari harta warisan pewaris dan saudara laki-laki pewaris mendapat *ashabah* (1/2 bagian) dari harta warisan pewaris. Jadi putusan Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama sama-sama memutuskan bagian warisan antara anak perempuan pewaris dan saudara kandung pewaris, dengan demikian anak perempuan pewaris tidak menghalangi (*memahjub*) saudara kandung pewaris.

Pandangan Mahkamah Agung berbeda dengan pandangan Peradilan Agama dan pandangan Pengadilan Tinggi Agama. Dalam hal ini Mahkamah Agung berpendapat, bahwa Pengadilan Tinggi telah salah dalam menerapkan hukum karena mendudukkan saudara laki-laki kandung pewaris sebagai *"ashabah"* yang sama dengan anak perempuan Pewaris dalam hal ini kedudukannya tidak dapat disejajarkan dengan pamannya selaku ahli waris yang sama-sama menerima warisan dari pewaris.

Dengan demikian, menutut pandangan Mahkamah Agung bahwa keberatan pembanding dapat dibenarkan karena Pengadilan Tinggi Agama telah salah menerapkan hukum. Menurut Mahkamah Agung berpendapat bahwa selama masih ada anak baik laki-laki maupun perempuan maka hak waris dari orang-orang yang mempunyai hubungan darah dengan pewaris, kecuali orang tua, suami dan istri menjadi tertutup (*terhijab*). Menurut Mahkamah Agung pendapat ini sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir yang *mu'tabar* di kalangan sahabat Nabi dalam

menafsirkan kata-kata *"walad"* pada ayat 176 *Surat an-Nisa'* yang berpendapat pengertiannya mencakup anak laki-laki maupun anak perempuan.

Dari membaca kasus posisi yang diutarakan di atas dan dengan memperhatikan berkas-berkas perkara yang ada, maka di antara hal yang menarik perhatian untuk dianalisis adalah tentang perbedaan kesimpulan antara Pengadilan Tinggi Agama Mataram dengan Mahkamah Agung. Menutut Pengadilan Tinggi Agama Mataram bahwa harta peninggalan pewaris harus dibagi antara ahli waris yang terdiri dari anak perempuan dan saudara laki-laki dari pewaris. Dalam salah satu pertimbangan hukumnya, Pengadilan Tinggi Mataram menyatakan: "menimbang bahwa hasil dari pemeriksaan Pengadilan Agama Mataram terhadap para pihak dari saksi-saksi, telah terbukti bahwa almarhum (pewaris) telah sama-sama diakui bahwa telah meninggal dunia dengan meninggalkan seorang anak perempuan dan seorang saudara laki-laki. Menimbang bahwa meskipun harta peninggalan tersebut telah dibalik nama ke saudara kandung pewaris, namun oleh karena pada waktu meninggalnya pewaris harta itu masih milik pewaris, maka oleh karenanya harta peninggalan pewaris itu merupakan harta peninggalan yang diwariskan kepada ahli warisnya. Menimbang bahwa dari hasil pemeriksaan dalam sidang Pengadilan Agama Mataram telah terbukti bahwa harta peninggalan Pewaris tersebut belum dibagikan kepada ahli waris yang berhak menerimanya, dan oleh

karenanya harta peninggalan tersebut (berupa tanah kebun) masih merupakan tanah serikat para ahli waris.

Dalam pertimbangan tersebut terdapat suatu pendapat bahwa saudara laki-laki dari pewaris mendapat pembagian harta warisan bersama-sama dengan anak perempuan pewaris, dengan demikian berarti bahwa saudara laki-laki dari Pewaris tidak *terhijab* atau tidak terhalang oleh anak perempuan Pewaris. Mereka berserikat harta peninggalan pewaris. Pendapat inilah yang populer di kalangan para ahli hukum Islam dan menurut ahli *tafsir al-Qurthubi* dalam buku tafsirnya *al-jami' li ahkam al-Qur'an*, pendapat tersebut merupakan pendapat mayoritas ulama.[412] Mereka membedakan antara anak laki-laki dengan anak perempuan. Yang disebut terakhir ini yaitu anak perempuan pewaris tidak menjadi penghalang dari saudara laki-laki pewaris untuk mendapatkan warisan.

Lain halnya dengan anak laki-laki yang dianggap menjadi penggalang bagi saudara laki-laki pewaris untuk mendapatkan harta warisan. Sebagai alasan, mengapa anak laki-laki sebagai penggalang bagi saudara laki-laki pewaris, yaitu *QS. An-Nisa' (59): ayat 176* yang artinya:

> " Allah beri fatwa kepadamu tentang kalalah, yaitu laki-laki mati (padahal) tidak ada baginya walad (anak) tetapi ada baginya seorang saudara perempuan, maka (saudara perempuan) ini dapat separoh dari apa yang ia tinggalkan, dan (saudara laki-laki) itu jadi warisnya (pula) jika tidak ada baginya walad (anak). Jika ada saudara perempuan itu dua orang, maka mereka berdua dapat dua pertiga dari apa yang ia tinggalkan, dan jika mereka itu laki-laki dan perempuan, maka yang laki-laki dapat bagian dua bagian perempuan. Allah terangkan bagi kamu supaya kamu tidak sesat, karena Allah amat mengetahui tiap-tiap sesuatu".

---

412 [412] Satria Effendi M. Zein, "Analisis Fiqh", dalam *Mimbar Hukum No. 30 Thn. VIII 1997*, hal. 108.

Dalam ayat tersebut ditegaskan bahwa jika seorang yang meninggal dunia tidak punya anak, tetapi mempunyai saudara laki-laki maupun saudara perempuan dari yang meninggal dunia itu (pewaris), maka ia mendapat pembagian dari harta peninggalan pewaris itu. *Mafhum mukhalafahnya* menunjukkan bahwa jika seorang yang meninggal itu mempunyai anak (*walad*), maka saudara dari pewaris yang meninggal itu terdinding dalam arti tidak berhak mendapatkan pembagian dari harta warisan saudaranya yang meninggal itu.

Permasalahan sekarang adalah apa yang dimaksud dengan kata *"walad"* (anak) dalam ayat tersebut yang *menghijab* atau menjadi penghalang bagi saudara kandung pewaris untuk mendapatkan warisan. Menurut pendapat mayoritas ulama, seperti yang dikemukakan oleh *Qurthubi* di atas, bahwa yang dimaksud dengan *"walad"* (anak) dalam ayat tersebut adalah khusus adalah anak laki-laki tidak mencakup anak perempuan. Dengan demikian, keberadaan anak perempuan tidak mendinding (*menghijab*) saudara kandung dari Pewaris sehingga masing-masing mereka mendapat bagian dari harta peninggalan pewaris itu. Sesuai dengan pendapat inilah kelihatannya Pengadilan Tinggi Agama Mataram memutuskan perkara tersebut di atas sehingga saudara laki-laki pewaris mendapat harta peninggalan saudara kandungnya pewaris meskipun pewaris meninggalkan anak perempuan.

Berbeda dengan penafsiran tersebut di atas, Ibnu Abbas, seorang *sahabat Rasullah*, berpendapat bahwa yang dimaksud dengan kata

"walad" (anak) dalam ayat tersebut di atas mencakup anak laki-laki dan anak perempuan. Pendapat ini selajan dengan *mazhab Zahiri*. Alasan mereka antara lain adalah bahwa kata *"walad"* (anak) dan yang seakar dengannya dipakai dalam al-Qur'an bukan saja untuk anak laki-laki tetapi juga untuk anak perempuan. Misalnya dalam *QS. An-Nisa'* (59): ayat 11, Allah berfirman dengan memakai kata *"aulad"* (kata *jama'* dari kata *"walad"*) yang artinya: "Allah mewajibkan bagi kamu tentang "aulad" (anak-anakmu), buat seorang anak laki-laki (adalah) seperti bagian dua anak perempuan".

Kata *"aulad"* dalam ayat tersebut mencakup anak laki-laki dan anak perempuan. Sejalan dengan pengertian tersebut, maka kata *"walad"* dalam ayat 176 Surat an-Nisa' tersebut di atas, menurut mereka juga mencakup anak laki-laki dan anak perempuan. Menurut pendapat ini, baik anak laki-laki maupun anak perempuan masing-masing mendinding (*memahjub*) saudara kandung pewaris dari mendapatkan atau mewarisi harta peninggalan pewaris.

Penafsiran seperti di atas bila diterapkan kepada kasus posisi ini, maka kesimpulan yang dapat diambil adalah bahwa keberadaan anak perempuan Pewaris menjadi penghalang (*memahjub*) saudara kandung pewaris untuk mendapatkan harta warisan. Penafsiran seperti inilah yang dipakai Mahkamah Agung untuk membatalkan putusan Pengadilan Tinggi Agama Mataram seperti tersebut di atas. Dalam salah satu pertimbangan hukumnya Mahkamah Agung menjelaskan: "Menimbang, bahwa

Mahkamah Agung berpendapat, "selama masih ada anak baik laki-laki maupun perempuan maka hak waris dari orang-orang yang mempunyai hubungan darah dengan pewaris kecuali orang tua, suami dan istri, menjadi tertutup (*terhijab*)". Bahwa pendapat ini sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir yang *mu'tabar* di kalangan sahabat Nabi dalam menafsirkan kata *"walad" pada ayat 176 Surat an-Nisa'* yang berpendapat pengertian *"walad"* mencakup baik anak laki-nali maupun anak perempuan. Menimbang, bahwa dalam perkara ini dengan adanya permohonan Kasasi/Tergugat asal (anak perempuan pewaris), maka Termohon Kasasi/ Penggugat asal (pamannya) menjadi tertutup atau *terhijab* untuk mendapatkan warisan.

Bila diperhatikan adanya dua kesimpulan yang berbeda di atas maka perbedaan itu bertolak dari adanya dua sikap yang berbeda dalam memilih salah satu dari dua pendapat ulama tersebut. Namun masing-masing mereka tidak mengemukakan alasan mengapa memilih yang satu dan mengenyampingkan yang lain. Pengadilan Tinggi Agama Mataram meskipun tidak secara tegas menyatakan bahwa keputusannya itu didasarkan atas penafsiran mayoritas ulama terhadap ayat *176 Surat an-Nisa'* tersebut, namun kenyataannya kesimpulan seperti itu sejalan dengan hasil penafsiran mayoritas ulama. Namun tidak mengemukakan alasan mengapa memakai pendapat mayoritas ulama dan mengenyampingkan pendapat Ibnu Abbas. Mahkamah Agung secara tegas memilih pendapat Ibnu Abbas dalam menafsirkan ayat tersebut. Namun tidak memberi

alasan mengapa mengenyampingkan pendapat mayoritas ulama seperti yang dipakai oleh Pengadilan Tinggi Agama Mataram.

Suatu hal yang perlu diketahui, adalah bahwa salah satu ciri hukum Islam bahwa di samping ada hukum-hukum yang disepakati oleh para ulama seperti halnya hukum-hukum yang telah ditegaskan dalam al-Qur'an atau Sunnah, ada pula hukum-hukum hasil ijtihad yang diperbedakan di kalangan mereka. Dalam hukum hasil ijtihad ini, dalam suatu masalah bisa jadi terdapat beberapa kesimpulan hukum. Untuk menghadapi perbedaan mazhab seperti ini, menurut ulama *ushul fikih* ada beberapa hal yang perlu diperhatikan dalam menentukan sikap, pendapat mana yang harus dipilih oleh hakim, antara lain:[413]

Pertama, bilamana salah satu dari beberapa pendapat telah menjadi undang-undang dalam sebuah negara atau masyarakat, maka yang dianggap berlaku dalam masyarakat itu adalah pendapat yang telah dicantumkan dalam undang-undang. Dengan demikian, baik hakim atau para *mufti* harus terikat dengan bunyi undang-undang. Keputusan hakim yang telah didasarkan atas undang-undang itu, tidak bisa digugat dengan mazhab atau pendapat lain yang tidak tercantum dalam undang-undang itu.

Kedua, Jika belum menjadi undang-undang, tetapi telah terjadi kesepakatan dalam suatu masyarakat bahwa yang akan diperlakukan di pengadilan adalah mazhab atau tokoh tertentu, maka untuk selanjutnya kesepakatan itu mengikat masyarakat tersebut. Artinya, selama putusan

---

[413] ***Ibid.***, hal. 110-112.

hakim sejalan dengan mazhab atau pendapat yang telah disepakati untuk dipakai dalam masyarakat ini, maka putusan hakim tidak dapat digugat oleh mazhab atau pendapat lain yang tidak sejalan dengan kesepakatan itu.

Ketiga, Jika belum ada undang-undang yang mengatur, dan tidak ada pula kesepakatan untuk memilih mazhab mana yang akan diperlakukan di pengadilan, maka jalan yang karus ditempuh adalah memakai mazhab atau pendapat yang sudah bisa dipakai dalam masyarakat itu. Suatu yang sudah berlaku berulang kali dalam masyarakat sehingga sudah menjadi kebiasaan mereka dalam memilih mazhab itu atau pendapat tertentu itu, dianggap sudah disepakati dalam masyarakat itu. Dalam kajian *ushul fikih* ditegaskan bahwa suatu yang telah menjadi kesepakatan menurut adat kebiasaan sama dengan ketetapan secara tertulis. Dalam masalah seperti ini, peranan yurisprudensi sangat penting bagi praktek penegakan hukum di pengadilan, kecuali jika dalilnya ternyata tidak jelas atau mengandung kelemahan.

Keempat, Hakim baru dibolehkan keluar dari ketentuan-ketentuan tersebut, disamping jika ternyata ketentuan-ketentuan itu bertentangan dengan al-Qur'an dan as-Sunnah, juga jika pada kasus tertentu dalam pandangan hakim bilamana pertimbangan hukum yang biasa dipakai secara umum diterapkan dalam kasus seperti itu, akan bertentangan dengan kemaslahatan atau akan bertentangan dengan tujuan *syari'at* (*maqashid al-syari'ah*). Dalam kondisi seperti ini, boleh memilih putusan lain seperti yang terdapat dalam prinsip *istihsan* dalam mazhab Hanafi. *Istihsan* adalah

hukum pengecualian dari ketentuan-ketentuan yang berlaku umum untuk diterapkan pada kasus-kasus yang sedang berada dalam kondisi tertentu sehingga menghendaki pertimbangan lain yang sejalan dengan tujuan *syari'at* (*maqashid al-syari'ah*). Namun bilamana jalan ini yang dipilih, maka hakim hendaklah menjelaskan secara gamblang mengapa ia meninggalkan hukum yang biasa dipakai dalam kasus yang serupa dan menerapkan putusan lain yang tidak biasa dikenal dalam masyarakat itu.

Dalam kasus posisi ini, seperti yang telah dijelaskan di atas baik Pengadilan Tinggi Agama Mataram maupun Mahkamah Agung, masing – masing tidak mengemukakan alasan mengapa mengambil yang satu dan mengesampingkan yang lain, tanpa menyebut alasan tambahan kecuali dengan hanya menyebutkan bahwa putusan ini sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas seperti yang dikemukakan Mahkamah Agung.

Syari'at Islam mengatur masalah-masalah kehidupan sosial yang sangat global dan tidak rinci, membawa ajaran-ajaran berupa pesan-pesan moral, prinsip-prinsip umum dan ajaran-ajaran pokok yang bersifat universal. Ajaran-ajaran inilah yang bersifat abadi, tidak akan berubah dan tidak boleh diubah, seperti menegakkan keadilan, kecuali bidang *ibadah mahdlah* yang bersifat rinci aturannya. Andaikata *syari'at* Islam dalam bidang sosial aturan ajarannya bersifat rinci yang harus mengikat setiap waktu dan tempat akan mengekang gerak langkah dan akan berbenturan dengan dinamika masyarakat. Hal seperti ini bertentangan dengan keuniversalan al-Qur'an.

Hukum-hukum yang bersifat teknis itu bersifat temporer karena pembentukannya berdasarkan pertimbangan adat-istiadat atau budaya Arab waktu ayat diturunkan. Kalau dikaitkan dengan penerapan pada ketentuan-ketentuan kadar pembagian harta warisan dalam al-Qur'an, maka ketentuan anak laki-laki (umpamanya) berhak mendapatkan dua kali pembagian anak wanita hanya relevan dengan masyarakat yang kulturnya dengan kultur masyarakat masa ayat diturunkan.[414] Sesuai pola pikir aliran ini,[415] ketentuan ayat seperti itu dapat ditelusuri mengapa ketentuan itu dibentuk seperti demikian? Dalam masyarakat waktu al-Qur'an diturunkan, demikian menurut aliran ini, tanggung jawab memberi nafkah dipikul oleh pihak laki-laki, baik terhadap saudara perempuannya yang pada suatu saat membutuhkannya, maupun terhadap anak istrinya. Oleh karena itu wajarlah bila pembagian anak laki-laki lebih banyak dari pembagian anak perempuan dari harta peninggalan orang tua mereka.

Ketentuan seperti itu sudah tidak lagi cocok untuk diterapkan terhadap masyarakat dimana soal tanggung jawab memberi nafkah tidak lagi atau bukan hanya dipikul oleh pihak laki-laki. Dalam hal ini, akal sehat hendaklah mempertimbangkan bagaimana merumuskan hukum ketentuan baru yang sesuai dengan kultur masyarakatnya. Dalam merumuskan

---

[414] Hasil Wawancara dengan Rozikhan, Ulama' Muhammadiyah, Wakil Ketua P. W Jawa Tengah, pada tanggal 2 Januari 2010.

[415] Sesuai Aliran Qasim Amin, Ahli Hukum Tamatan Perancis dari Mesir yang Hidup sampai Abad 20 (1863-1908) Gerakannya Berupa: "untuk Menyesuaikan Pemahaman-pemahaman Keagamaan Islam dengan Perkembangan Baru di Abad Modern," dalam Satria Efendi M. Zein, *"Munawir Sjadzali dan Reaktualisasi Hukum Islam di Indonesia,"*ed. Muhammad wahyuni Nafis dalam Kontekstualisasi Ajaran Islam, 70 Tahun Manawir Sjadzali, Cet. 1 (Jakarta: PT. Temprint, 1995, hal. 294-295

hukum ketentuan baru itu, menurut pola pikir ini, yang harus dipedomani adalah *"ruh syari'at"* atau "pesan moral" seperti nilai keadilan, meskipun akan berakibat terabaikannya ketentuan-ketentuan dalam bunyi teks ayat-ayat al-Qur'an.

Jika ketentuan dalam ayat-ayat itu memang perlu dianggap sebagai hukum-hukum yang dapat ditelusuri alasan atau *"illat"* pembentukan hukumnya seperti dikemukakan oleh aliran di atas, maka perlu disadari bahwa apa yang dianggap sebagai *illat* hukum itu yaitu tanggung jawab laki-laki untuk menjamin nafkah saudara-saudara perempuannya yang sedang dalam kesulitan dan nafkah anak dan istrinya, adalah juga ajaran Allah yang harus ditaati dan dilestarikan.

Adanya kenyataan kerjasama dalam mencari nafkah antara suami istri atau adanya saudara perempuan yang tidak memerlukan bantuan saudara laki-lakinya tidak berarti telah mengubah posisi laki-laki sebagai kepala keluarga yang bertanggungjawab. Oleh sebab itu, jika hendak menghindarkan kesenjangan yang dikuatirkan itu, maka jalan keluarnya bukan dengan mengabaikan ketentuan-ketentuan teks al-Qur'an, tetapi dengan cara memberlakukan hukum kewarisan itu oleh penguasa dalam suatu masyarakat hendaknya secara serentak dengan memperlakukan *hukum nafaqat* (hukum yang mengatur hal-ihwal nafkah). Bilamana dua bagian itu serentak diperlakukan, bila ada yang mengabaikan kewajibannya, maka bihak yang merasa dirugikan bisa menuntut haknya di pengadilan. Pihak yang mengabaikan kewajibannya patut mendapat

hukuman. Adanya suatu hukuman berarti adanya suatu pelanggaran dan adanya pelanggaran hendaknya diluruskan.

Dari posisi kasus di atas tidak dapat dilepaskan dari ketentuan hukum waris dan pelaksanaannya. *QS. An-Nisa'* (4): ayat 11, ayat ini membatalkan kebiasaan di masa awal Islam di mana dengan perjanjian orang dapat saling mewarisi. Menurut riwayat *sebab nuzul*-nya, ayat ini juga membatalkan kebiasaan orang Arab yang tidak memberikan bagian kepada ahli waris wanita seperti istri dan dan anak wanita, bahkan juga kepada anak laki-laki jika masih kecil.

Dari ayat tersebut, dahulu pada masa sebelum Islam wanita sama sekali tidak mendapat bagian warisan. Setelah Islam datang, wanita diberi bagian warisan meskipun hanya setengah dari bagian laki-laki. Ini berarti secara sadar Islam hendak meningkatkan hak dan derajat wanita. Karena itu dapat dipahami bahwa jiwa dari ayat waris tersebut adalah bahwa pada dasarnya usaha meningkatkan hak dan derajat wanita harus terus dilakukan dan tidak boleh berhenti. Kemudian oleh karena kehidupan modern sekarang ini telah memberikan kewajiban yang lebih besar kepada wanita dibanding pada masa lalu sehingga wanita kini juga dapat memberikan peran yang sama dengan laki-laki dalam masyarakat, maka logis saja kalau hak-haknya dalam warisan juga ditingkatkan agar sama dengan laki-laki.

Struktur sosial dapat mempengaruhi dalam hukum waris Islam. Dalam masyarakat Arab yang menganut sistem kekerabatan yang *patrilinial*,

maka aturan memberikan bagian lebih kepada laki-laki memang sesuai dan berfungsi positif dalam melestarikan sistem kekerabatan itu. Tetapi masyarakat Islam di dunia ini tidak selamanya harus berstruktur kekerabatan *patrilinial.*

Dalam masyarakat modern yang cenderung memberikan kesempatan seimbang kepada laki-laki dan wanita (struktur masyarakat *bilateral*), maka wajar kalau aspirasinya mengenai hak dan kewajiban juga seimbang, dalam hal ini termasuk hak dalam warisan. Dengan demikian timbul suatu pertanyaan, apakah hukum waris Islam itu dapat berubah karena perubahan struktur sosial. Ternyata memang demikian, bahwa hukum waris Islam itu, sekurang-kurangnya dalam pelaksanaannya bukan hanya dapat berubah karena struktur sosial, tetapi sebab yang lebih kecil yaitu: "struktur Keluarga".

Secara umum keluarga dalam masyarakat modern Indonesia mcenderung menempatkan model "keluarga inti", yaitu: "bapak, ibu dan anak" tanpa sanak saudara. Ini "menjadi bentuk susunan keluarga yang standar dan diterima secara sosial". Dengan perkataan lain, keluarga inti merupakan model yang modern dalam masyarakat industri.

Masyarakat modern Indonesia terutama di kota-kota telah pula mengenal bahkan pula menerapkan model keluarga inti demikianpun di pedesaan. Keadaan seperti ini terjadi di manapun, di negara-negara yang sedang membangun termasuk Indonesia yang kini berada dalam periode peralihan dari masyarakat agraris ke masyarakat industri.

Mengingat dalam kasus posisi di atas, selagi ada anak maka mendinding (*memahjub*) saudara kandung Pewaris. Dengan melihat struktur keluarga inti di atas, saudara kandung Pewaris tidak memiliki tanggungjawab apapun terhadap keponakannya, sebab ia mempunyai tanggungjawab sendiri terhadap keluarga intinya masing-masing.

Jadi walaupun dalam al-Qur'an dinyatakan secara *sharih*, seperti: *"wa in kanat wahidatan falaha an-nishfu"* rupanya yang penting dalam hal ini ditegakkannya keadilan dan bukan pernyataan *sharih al-Qur'an*. Pelajaran yang dapat diambil dari kasus seperti ini ialah bahwa struktur keluarga ikut mempengaruhi pembentukan ketentuan *sharih al-Qur'an*, sedangkan kenyataan struktur keluarga itu sendiri sepenuhnya berada di tangan Tuhan. Jadi ternyata aturan hukum yang sudah *sharih* dalam al-Qur'an mengenai waris itu terkadang tidak sepenuhnya dapat diterapkan dan kemudian harus dimodifikasi dengan ijtihad, karena adanya hukum lain yang juga datang dari Allah, yaitu kenyataan struktur keluarga.

Dari hal itu, hukum waris Islam dalam Kompilasi Hukum Islam tetap dilakukan ijtihad berupa menafsirkan hukum waris Islam dengan mengakomodasi hukum Adat seperti cucu dapat menggantikan kedudukan ayahnya dalam mewarisi kakeknya atau neneknya dengan cara memperoleh *wasiyat wajibah*, dalam kitab-kitab fikih klasik ketentuan demikian tidak ada, karena warisan itu pada dasarnya hanya untuk ahli waris yang masih hidup. Demikianpun Kompilasi hukum Islam memberi hak waris kepada anak angkat atau orang tua angkat, sedangkan al-Qur'an

jelas-jelas tidak mengakui keberadaan anak angkat atau orang tua angkat karenanya tidak mempunyai akibat hukum. Akan tetapi anak angkat atau orang tua angkat mendapat warisan karena melalui konsep *wasiat wajibah.*

Dari kasus posisi di atas, dapat dinyatakan bahwa keberadaan hukum kewarisan yang dipandang *qath'i* itu dapat berubah menjadi *dhanny* pada tingkat penerapan (aplikasi) melalui putusan Pengadilan Agama. Hal ini wajar karena Pengadilan Agama di samping sebagai institusi hukum juga sebagai institusi sosial. Sebagai institusi sosial, peran Pengadilan Agama (para hakim nya) harus dapat mengakomodir perkembangan sosial (*teori kausalitas,teori nasakh*). Hukum waris termasuk hukum mu'amalah, maka dapat dikembangkan (terbuka) sesuai alasannya (teori ajaran non dasar, *teori ta'aquli*). Orientasi penerapan hukum waris adalah keadilan dan pada tingkat penerapan di pengadilan itu yang dihadapi adalah hukum kasus. Dalam hukum kasus yang dihadapi pengadilan, yaitu kasus berbeda-beda dan nuansapun berbeda-beda pula, sehinga putusan berbeda pula (*teori 'illat hukum, teori rasionalitas*) seperti teori-teori yang diangkat dalam disertasi ini. Dari teori-teori di atas sebagai pisau analisis dalam kasus ini, maka hukum kewarisan Islam yang dipandang *qath'i* atau *ta'abbudi* pada tingkatan pelaksanaan (*Tanfidz)* bisa *dhanni* atau *ma'qulat al-ma'na* untuk mewujudkan keadilan sebagaimana yang dikehendaki oleh *Al-syari'.*

Kasus Posisi B :[416] Latar belakang masalahnya sebagai berikut: "Harta warisan pewaris Islam, adapun anak-anak pewaris terdiri beragama Islam dan non Islam". Putusan Mahkamah Agung menyatakan: " Anak kandung (perempuan) yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan ahli waris, namun ia berhak mendapat bagian dari harta warisan (peninggalan) kedua orang tuanya almarhum berdasarkan *"wasiat wajibah"* yang bagiannya sama dengan bagian anak (perempuan) ahli waris almarhum ayah dan ibunya.

Putusan Mahkamah Agung di atas seolah-olah berbeda norma hukum yang terdapat dalam al-Qur'an, Sunnah Nabi maupun dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI). Kesepakatan mayoritas ulama, mengatakan bahwa berlainan agama yang menjadi penghalang mewarisi adalah apabila antara ahli waris dan *al-muwaris*, salah satunya beragama Islam yang lain bukan Islam. Dasar hukumnya adalah *QS. An-Nisa'* (4): ayat 141 dinyatakan: " Dan Allah sekali-kali tidak akan memberikan sesuatu jalan bagi orang-orang kafir (untuk menguasai orang-orang mukmin)". Demikianpun dalam *QS. Al-maidah* (5): ayat 48 dinyatakan: "Bagi tiap-tiap umat di antara kamu, Kami jadikan peraturan dan tatacara (sendiri-sendiri)". Demikian Imam Malik dan Ahmad mengemukakan pendapat bahwa perbedaan agama yang sama-sama bukan Islam tetap menjadi penggalang

[416] ***Putusan Pengadilan Agama Jakarta Pusat***: No. 377/Pdt.G/1993/PA-JK, tanggal 4 Nopember 1993 M, bertepatan dengan tanggal 19 jumadil Awal 1414 H. Jo. ***Putusan Pengadilan Tinggi Agama Jakarta:*** No. 14/Pdt. G/1994/PTA-JK, tanggal 25 Oktober 1994 M, bertepatan dengan tanggal 20 Jumadil Awal 1415 H. Jo. ***Putusan Mahkamah Agung RI:*** No. 368.K/AG/1995, tanggal 16 Juni 1998.

mewarisi.[417] Dasar hukum lainnya, dinyatakan dalam *Sunnah Nabi* yang *mutafaq 'alaih* diriwayatkan oleh Imam Bakhari dan Muslim dinyatakan: "Orang Islam tidak mewarisi harta orang kafir, dan orang kafir tidak mewarisi harta orang Islam *(muttafaq 'alaih)"*. Dasar hukum dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) bahwa perbedaan agama merupakan salah satu dari penghalang seseorang untuk menjadi ahli waris, dinyatakan dalam Pasal 171 huruf (c): " Ahli waris adalah orang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah, atau hubungan perkawinan dengan Pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang oleh hukum untuk menjadi ahli waris".

Dengan demikian dalam hubungan waris Islam, perbedaan agama merupakan salah satu dari penghalang seseorang untuk menjadi ahli waris. Dengan demikian non muslim tidak akan mendapat warisan sebagai ahli waris dari keluarganya yang beragama Islam. Dalam kehidupan yang serba majemuk tidak tertutup kemungkinan dalam suatu keluarga terdiri dari anggota keluarga yang berbeda agamanya. Untuk memenuhi rasa keadilan sebagai salah satu prinsip hukum kewarisan Islam maka non muslim sebenarnya berhak mendapatkan bagian dari harta peninggalan dengan menggunakan konstruksi wasiat, atau *"wasiyat wajibah"* apabila yang meninggal tidak membuat wasiyat untuk mereka. Konstruksi wasiat ini merupakan cara alternatif yang bertujuan melengkapi cara penyelesaian waris bagi mereka yang tidak memperoleh bagian waris, tetapi mereka

[417] Ahmad Rofiq, Fiqh Mawaris, *op. cit.*, hal. 38.

mempunyai hubungan kekerabatan dekat dengan Pewaris. *Illat* hukum pemberian wasiat ini adalah adanya faktor keadaan penerima wasiat, seperti untuk memperbaiki sistem atau keadaan ekonomi atas dasar kekerabatan, adanya faktor yuridis yang menghalanginya, tetapi di sisi lain dapat diupayakan, dan adanya faktor keadilan.

Adapun kasus posisinya sebagai berikut: Bahwa suatu keluarga muslim, terdiri dari suami-istri (ayah-ibu) dan 6 (enam) anak-anaknya yang terdiri dari 5 anak beragama Islam dan satu anak yang ke 4 (empat) beragana non Islam (Nasrani). Dalam perkembangan selanjutnya, si samping ayah tersebut mempunyai 6 (enam) orang anak kandung tersebut di atas, ia juga memiliki sejumlah harta kekayaan bawaan serta harta bersama.

Setelah semua anak menjadi dewasa ternyata ada seorang anak kandungnya yang ke 4 (empat) meninggalkan agama Islam dan memeluk agama Nasrani. Sedangkan anak-anak lainnya tetap memeluk agama Islam seperti ayah ibunya. Beberapa bulan sebelum ayah meninggal dunia telah memanggil anaknya yang beragama non muslimah di atas untuk kembali lagi memeluk agama yang diikuti oleh keluarga, yaitu agama Islam dan ternyata anak yang ke 4 itu tetap pendiriannya memeluk agama Nasrani. Himbauan dan ajakan orang tuanya tersebut tidak dihiraukan, dan tidak lama kemudian ayah meninggal dunia dan setahun kemudian ibu meninggal dunia juga.

Kedua orang tua memeluk agama Islam dengan meninggalkan harta warisan serta 6 (enam) anak kandung yang 5 (lima) anak beragama Islam dan seorang anak beragama Nasrani. Harta warisan tersebut belum pernah diadakan pembagian waris kepada para ahli warisnya. Salah seorang anak almarhum sebagai penggugat mengajukan gugatan ke Pengadilan Agama kepada saudara kandungnya dengan mendalilkan bahwa harta warisan almarhum ayah ibunya belum pernah diadakan pembagian waris. Berdasarkan persetujuan bersama, kecuali anak yang ke 4 (non muslim) mereka menghendaki agar harta warisan tersebut dibagi menurut hukum Islam.

Penggugat berpendirian dalam gugatannya, bahwa salah seorang anak karena keluar dari agama Islam maka ia tidak berhak mewarisi harta warisan kedua orang tuanya yang memeluk agama Islam. Dalam persidangan di Pengadilan Agama antara Penggugat dengan Tergugat hadir dalam persidangan dan memberikan jawaban membenarkan dalil gugatan Penggugat. Sedangkan turut Tergugat II, yaitu anak yang non muslim tidak bersedia hadir di persidangan Pengadilan Agama dan memberikan surat jawaban yang pada intinya, bahwa Pasal 1, 2, 3 Undang-undang No. 7 tahun 1989, "Peradilan Agama" adalah forum peradilan bagi orang-orang yang beragama Islam. Karena ia mengakui beragama Kristen, berkeberatan diadili oleh Pengadilan Agama yang bukan merupakan forum peradilan bagi yang beragama Kristen, seharusnya ke Pengadilan Negeri. Di samping itu ia berpendapat bahwa,

diajukannya gugatan warisan ke Pengadilan Agama oleh saudara-saudaranya yang beragama Islam dengan maksud untuk mengucilkan / melenyapkan hak warisnya selaku ahli waris almarhum ayah ibunya dan dalam masalah warisan ini terdapat sengketa sehingga pasal 50 Undang-undang No. 7 tahun 1989 dapat diterapkan dalam kasus sengketa ini, dan ia berpendirian pengadilan Umum yang berwenang mengadili perkara ini, bukan Pengadilan Agama.

Penggugat berpendirian bahwa barang warisan tersebut belum pernah dibagi waris dan masih berstatus harta peninggalan dari orang tua yang beragama Islam, dengan menyebutkan Pasal 171 ayat (c) Jo. Pasal 175 dan Pasal 188 Kompilasi Hukum Islam (KHI), turut tergugat II yang telah keluar dari agama Islam semasa ayah dan ibunya masih hidup adalah tidak berhak mendapatkan waris.

Majelis hakim pengadilan Agama yang mengadili perkara gugatan warisan ini dalam putusannya memeberikan pertimbangan hukum yang pada pokoknya sebagai berikut, bahwa turut tergugat II meski tidak hadir dalam persidangan, namun ia memberikan surat jawaban tertulis yang intinya dapat disimpulkan bahwa ia mengajukan eksepsi yang menyatakan keberatan atau menolak diadili oleh Pengadilan Agama atau dengan kata lain eksepsi ini bermaksud bahwa pengadilan Agama tidak berkuasa mengadili perkara ini. Menurut majelis hakim Pengadilan Agama, sesuai dengan Pasal 1, 2 Jo. 49 Undang-undang No. 7 Tahun 1989, khususnya masalah kewarisan, maka personalitas keislaman ditentukan oleh agama

yang dipeluk oleh Pewaris. Dalam perkara ini, ayah ibu almarhum adalah sebagai Pewaris yang beragama Islam. Dengan demikian yang akan diterapkan dalam perkara ini adalah hukum Islam. Karena itu sudah tepat, bila perkara ini diselesaikan oleh Pengadilan Agama Jakarta Pusat, maka eksepsi turut tergugat II ditolak.

Dalam pokok perkara dipertimbangkan sebagai berikut, bahwa menurut Pasal 171 Kompilasi Hukum Islam (KHI), Majelis Pengadilan Agama berpendapat bahhwa turut Tergugat II yang beragama Kristen, menurut hukum Islam bukanlah ahli waris dari ayah ibunya almarhum yang beragama Islam. Bahwa menurut Pasal 176 dan 180 Kompilasi Hukum Islam (KHI) ahli waris ayah ibu almarhum adalah anak kandung yang beragama Islam, dengan besarnya bagian masing-masing memperhatikan firman Allah dalam *al-Qur'an Surat an-Nisa' (59):11* yang artinya:

"Allah mensyari'atkan bagimu tentang (pembagian warisan) anak-anakmu yaitu bagian seorang anak laki-laki sama dengan bagian dua anak perempuan... ", dan memperhatikan pula ayat 12 dalam surat yang sama, yaitu: "Jika kamu mempunyai anak, maka para istri memperoleh 1/8 (seperdelapan) dari harta yang kamu tinggalkan, sesudah dipenuhi wasiat yang kamu buat dan atau sesudah dibayar utang-utangmu".

Pengadilan Tinggi Agama berbeda dalam melihat kasus di atas yang telah di putus oleh Pengadilan Agama. Oleh karena turut Tergugat II yang beragama Nasrani menolak putusan Pengadilan Agama tersebut di atas yang menyatakan anak yang beragama non Islam bukan ahli waris orang

tua kandungnya yang beragama Islam dan tidak berhak memperoleh bagian.

Selanjutnya turut Tergugat II yang beragama Nasrani banding ke Pengadilan Tinggi Agama. Majelis Hakim Banding dalam putusannya memberikan pertimbangan sebagai berikut, bahwa sepanjang mengenai penolakan eksepsi turut Tergugat II, sepanjang obyek harta yang dipersengketakan, sepanjang ahli waris yang dianggap sah, pertimbangan Pengadilan Agama telah benar dan tepat, sehingga diambil alih oleh Pengadilan Tinggi Agama dan dianggap seperti pertimbangan Pengadilan Tinggi Agama sendiri. Akan tetapi, pertimbangan Pengadilan Agama mengenai siapa yang bisa memperoleh bagian harta peninggalan dari Pewaris, maka Pengadilan Tinggi Agama tidak sependapat sehingga Pengadilan Tinggi Agama perlu memberi pertimbangan sendiri, di mana turut Tergugat II (anak non muslim) juga bisa memperoleh bagian dari harta waris yang ditinggalkan oleh Pewaris. Dengan demikian putusan Pengadilan Agama yang menyatakan bahwa yang mendapatkan bagian dari harta peninggalan Pewaris adalah hanya anak yang beragama Islam saja tidak bisa dipertahankan.

Adapun anak yang non muslim mendapat bagian sebesar ¾ (tiga perempat) bagian dari bagian anak perempuan berdasarkan *"wasiat wajibah"*. Akhirnya Majelis Pengadilan tinggi Agama Jakarta yang amarnya pada pokoknya sebagai berikut: Mengadili, membatalkan putusan Pengadilan Agama Jakarta, dan mengadili sendiri, dalam eksepsi menolak

eksepsi turut Tergugat II (anak yang non muslim) dan dalam pokok perkara mengabulkan gugatan sebagian, mengabulkan ahli waris sah dari almarhum adalah anak-anaknya yang beragama Islam. Sedang anak yang non muslim berhak mendapatkan bagian harta peninggalan almarhum, berdasarkan *"wasiat wajibah"* sebesar ¾ (tiga perempat) bagian seorang anak perempuan ahli waris almarhum.

Adapun Mahkamah Agung RI melihat kasus di atas berbeda sudut pandangnya dibanding putusan Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama. Penggugat dan Tergugat menolak putusan Pengadilan Tinggi Agama di atas dan mengajukan pemeriksaan kasasi dengan mengemukakan beberapa keberatan dalam memori kasasinya. Semua keberatan kasasi yang diajukannya oleh Pemohon Kasasi dinyatakan tidak dapat dibenarkan oleh Majelis Mahkamah Agung karena keberatan tersebut mengenai penilaian hasil pembuktian yang bersifat penghargaan tentang suatu kenyataan, yang tidak dapat dipertimbangkan dalam pemeriksaan kasasi.

Namun demikian, menurut majelis Mahkamah Agung, amar putusan Pengadilan Tinggi Agama harus diperbaiki, karena bagian *"wasiat wajibah"* untuk Tergugat II (anak non muslim) seharusnya adalah sama dengan bagian warisan anak perempuan.

Dari putusan Mahkamah Agung tersebut dapat disimpulkan, bahwa suatu keluarga muslim (suami-istri) dalam perkawinannya telah melahirkan 6 orang anak kandung, lelaki dan perempuan. Lima orang anak

tetap muslim dan seorang anak perempuan keluar dari agama Islam dan memeluk agama Nasrani. Kedua orang tuanya berurutan wafat, dengan meninggalkan harta warisan, yang kemudian melalui suatu putusan Peradilan Agama, harta peninggalan tersebut dibagi menurut hukum waris Islam. Lima orang anak yang muslim, ditetapkan sebagai ahli waris dari ayahnya maupun ibunya almarhum dan masing-masing anak memperoleh bagian dari harta warisan kedua orang tuanya tersebut. Bagian anak laki-laki adalah dua bagian dari anak perempuan. Sedangkan anak kandung perempuan yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan ahli waris, namun ia berhak mendapat bagian dari harta warisan (peninggalan) dari kedua orang tuanya almarhum berdasarkan *"wasiat wajibah"* yang bagiannya sama dengan bagian anak perempuan ahli waris ayah dan ibunya almarhum.

Dalam konsepsi hukum waris Islam perbedaan agama antara pewaris dengan ahli waris menjadi penghalang bagi seorang ahli waris mewarisi harta warisan dari pewaris. Demikian juga dalam Kompilasi Hukum Islam Pasal 173, berbeda agama termasuk penghalang menerima warisan, yaitu memahami pada ketentuan umum Pasal 171 huruf (c) yang dinyatakan: "ahli waris adalah orang yang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah atau hubungan perkawinan dengan Pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang karena hukum untuk menjadi ahli waris".

Dasar alasan pengharaman kewarisan beda agama karena adanya *Hadits muttafaq alaih* yang dinyatakan: "orang muslim tidak berhak waris

orang kafir dan sebaliknya orang kafir tidak berhak waris atas harta orang muslim". Di dalam al-Qur'an telah mendiskripsikan terhadap pengakuan kebebasan dan pluralisme agama. al-Qur'an menekankan *freedom af relegion and belief. Toleransi* dan *respect* terhadap agama-agama lain menjadi penekanan ajaran al-Qur'an.

Al-Qur'an mengajarkan paham kemajemukan keagamaan (*religious plurality*). Ajaran tersebut tidak perlu diartikan secara langsung pengakuan akan kebenaran semua agama dalam bentuk yang nyata dalam kehidupan sehari-hari. Ajaran kemajemukan keagamaan itu menandaskan pengertian dasar bahwa semua agama diberi kebebasan untuk hidup, dengan risiko yang akan ditanggung oleh pengikut agama masing-masing. Adapun prinsip-prinsip yang ditawarkan al-Qur'an dalam hubungan antara umat beragama yang mendasar paling tidak ada tiga prinsip pokok yang dijadikan acuan dalam membina hubungan antara muslim dengan non muslim, yaitu kemurnian tauhid, persamaan, keadilan dan perdamaian.

Setiap orang diberi hak bebas pilih untuk menganut agama tertentu atau menolak agama tertentu. Islam sama sekali tidak membenarkan pemaksaan seseorang untuk memeluk suatu agama. Meskipun al-Qur'an mengajarkan umut Islam untuk bersikap toleran terhadap umat lain, tetapi dalam kaitan dengan keimanan , al-Qur'an bersikap tegas kepada mereka. Sesuai dengan salah satu misinya tentang ajaran tauhid, maka al-Qur'an tidak ada kompromi dalam hal ini.

Salah satu kelanjutan logis dari prinsip dasar kemurnian tauhid adalah paham kesamaan dan persaudaraan di antara manusia. Yakni bahwa seluruh umat tanpa membedakan keturunan dan agama, dari hakekat dan martabat asasinya adalah sama. Manusia memilki kemuliaan yang dianugerahkan Tuhan terlepas dari latar belakang etnik, agama dan politik mereka, yaitu: kemuliaan individu, yang berarti Islam melindungi aspek-aspek kehidupan manusia baik aspek spiritual maupun aspek materiil. Kemuliaan kolektif, yang berarti Islam menjamin sepenuhnya persamaan antara individu, dan kemuliaan secara politis, yang berati Islam memberi hak politik pada individu untuk memilih atau dipilih pada posisi politik.

Kemurnian tauhid yang berdampak pada paham kesamaan dan persaudaraan di antara manusia, maka secara otomatis akan terefleksi pada kehidupan manusia menuju terwujudnya perdamaian abadi. Risalah Islam merupakan rahmat bagi seluruh umat manusia. Menurut al-Qur'an tidak ada kontradiksi antara *ukhuwah diniyyah* di kalangan orang-orang mukmin dengan *ukhuwah insaniyyah* secara umum, karena keduanya merupakan jalan searah tujuannya.

Persaudaraan seagama menuntut adanya saling keterkaitan, tolong menolong dan rela berkorban untuk membangun struktur masyarakat muslim dan mencegah adat-istiadat yang menyimpang dari eksistensi Islam, posisi dan kedudukannya. Adapun *ukhuwah insaniyyah* menuntut langkah dan tindakan sungguh-sungguh demi kepentingan kemaslahatan umat manusia, menyelamatkan dari keinginan yang menyimpang, dan

perpaling dari tindakan sia-sia serta melumpuhkan hawa nafsu juga mengatur persahabatan manusia serta menanamkan rasa cinta kasih dan kebajikan kepada sesama.

Oleh karena itu al-Qur'an menandaskan keberagamaan manusia terjadi karena memang kehendak Allah agar satu dengan yang lain saling berlomba dalam kebajikan. Allah berfirman: " Wahai manusia, sesungguhnya kami menciptakan kamu dari seorang laki-laki dan seorang perempuan, dan menjadikan kamu berbangsa-bangsa dan bersuku-suku supaya kamu saling mengenal".

Dari argumentasi di atas, melihat pada prinsip-prinsip hubungan muslim dengan non muslim, apabila dalam satu keluarga dekat, maka kehidupan saling tolong menolong dan saling membantu sudah pasti merupakan kebutuhan. Saling mewarisi antara Pemaris dengan ahli waris (muslim dengan non muslim) merupakan alat penghubung untuk mempertemukan ahli waris dengan orang yang mewariskan disebabkan adanya kekuasaan perwalian dan adanya jalinan tolong menolong serta saling membantu.

Dengan melihat *QS. An-Nisa'* (59): ayat 135, yang artinya:

" Wahai orang –orang yang beriman, jadilah kamu orang yang benar-benar penegak keadilan, menjadi saksi karena Allah biarpun terhadap dirimu sendiri atau ibu bapak dan kaum kerabatmu. Jika ia (orang yang Tergugat atau Terdakwa) kaya atau miskin, maka Allah lebih tahu kemasahatannya. Maka janganlah kamu mengikuti hawa nafsu, karena ingin menyimpang dari kebenaran. Dan jika kamu memutar balikkan (kata-kata) atau enggan menjadi saksi, maka sesungguhnya Allah adalah Maha Mengetahui segala apa yang kamu kerjakan".

Demikianpun dalam *QS. An-Naml* (16): ayat 90, yang artinya: "Sesungguhnya Allah menyuruh (kamu) berbuat adil dan berbuat kebajikan, memberi kepada kaum kerabat, dan Allah melarang dari berbuat keji, kemungkaran dan permusuhan. Dia memberi pengajaran kepadamu agar kamu dapat mengambil pelajaran". Serta QS. Al-Maidah (5): ayat 8, yang artinya: " Hai orang-orang yang beriman, hendaklah kamu jadi orang-orang yang selalu menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil. Dan janganlah kamu sekali-kali kebencianmu kepada suatu kaum, mendorong kamu untuk berlaku tidak adil. Berlaku adillah karena adil itu lebih dekat kepada taqwa. Dan bertaqwalah kepada Allah, sesungguhnya Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan".

Dari al-Qur'an, ayat-ayat tersebut di atas setiap mukmin diharuskan untuk menebarkan sikap damai dan berlaku adil terhadap sesama muslim maupun non muslim. Kewajiban ini berlaku terus sepanjang mereka tidak mengganggu dan memusuhi umat Islam, bahkan berbuat yang demikian itu terhadap golongan yang dibenci sekalipun.

Demikianpun dinyatakan dalam *QS. Al-Mumtahanah* (60): ayat 8, yang artinya:

" Allah tiada melarang kamu untuk berbuat baik dan berlaku adil terhadap orang-orang yang tiada memerangimu karena agama dan (tidak) pula mengusir kamu dari negerimu, dan berlaku adil terhadap mereka. Sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang berlaku adil".

Al-Qurtubi menafsirkan,[418] kata *"wa tuqsitu ilaihim"* (dan berlaku adil terhadap mereka), mengemukakan bahwa ayat tersebut juga dapat ditafsirkan sebagai memberi belanja (*infaq*) terhadap orang non muslim yang wajib diberi nafkah oleh keluarga yang muslim. Menurutnya, perbedaan agama tidak menjadi penghalang hak mereka untuk mendapatkan nafkah tersebut.

[418] Suwardi, *Aktualisasi Hukum Islam dan Pluralisme Agama,* Tesis, (Semarang: Magister Ilmu Hukum Unissula, 2006), hal. 107.

Dari pemahaman terhadap tafsir di atas, maka anggota keluarga non muslim sangat mungkin untuk mendapat bagian harta peninggalan, meskipun bukan dengan konstruksi waris, karena mereka bukan merupakan ahli waris. Lembaga yang memungkinkan adalah dengan jalan "wasiat" atau *"wasiat wajibah"* apabila Pewaris tidak meninggalkan wasiat untuknya.

Di samping alasan dalil di atas, juga dapat didasarkan pada *QS. Al-aqarah* (2): ayat 180, yang artinya:

"Diwajibkan atas kamu, apabila seorang di antara kamu kedatangan (tanda-tanda) maut, jika ia meninggalkan harta yang banyak, berwasiat untuk ibu bapak dan karib kerabatnya secara ma'ruf, (ini adalah) kewajiban atas orang-orang yang taqwa".

Dalam menafsirkan ayat ini menekankan pada empat hal, yaitu (1) kewajiban berwasiat, (2) jumlah harta yang dimiliki yang mewajibkan wasiat tersebut, (3) keluarga yang berhak menerima wasiat, dan (4) waktu berwasiat.

Secara hukum wasiat di atas, ditujukan kepada ibu bapak dan karib kerabat secara umum yang berlaku setelah orang yang berwasiat meninggal dunia. Menurut *al-Qurtubi*, secara khusus ayat ini mewajibkan untuk berwasiat bagi orang tua dan kerabat yang bukan ahli waris, seperti apabila mereka non muslim (kafir).[419]

Apabila dibaca dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) bahwa *"wasiat wajibah"* itu hanya terkait dengan anak angkat dan bapak angkat, dan

[419] *Ibid.*, hal. 108.

tidak menyinggung terhadap suami istri, anak atau siapapun kerabat dekat yang terhalang sebagai ahli waris karena perbedaan agama. Sehingga sangat memungkinkan bagi seseorang untuk tidak memikirkan kerabatnya yang lain agama. Dan menurut hukum Islam, pelaksanaan wasiat harus didahulukan dari pelaksanaan kewarisan dengan memperhatikan batasan-batasannya. Pada dasarnya membuat wasiat itu merupakan perbuatan *ikhtiyariyah*, yakni seorang bebas berbuat atau tidak berbuat wasiat. Akan tetapi sebagian ulama perpendapat, bahwa kebebasan itu hanya akan berlaku bagi orang-orang yang bukan kerabat dekat. Adapun mereka yang merupakan kerabat dekat dan tidak mendapatkan warisan, maka seseorang wajib membuat wasiat.

Dengan memperatikan kondisi hubungan antar umat beragama, dan semakin besarnya kesadaran hak asasi manusia, maka konstruksi wasiat merupakan cara penyelesaian alternatif yang bertujuan melengkapi cara penyelesaian waris bagi mereka yang tidak memperoleh bagian waris padahal mempunyai hubungan kekerabatan dan kekeluargaan dekat dengan yang meninggal. Yakni untuk berbuat kebajikan dengan bersedekah dan menjadikan harta itu beredar pada lingkungan yang lebih luas. Sehingga nuansa keadilan hukum Islam dapat dirasakan oleh mereka non muslim, meskipun tidak berkedudukan sebagai ahli waris, tetapi mereka tetap mendapat bagian harta peninggalan dari keluarga yang meninggal.

Wasiat merupakan peristiwa hukum dalam bentuk perikatan sepihak, maka niat dan hasrat yang tulus menjadi esensi pelaksanaan wasiat sesuai dengan tujuan hukum Islam yakni dengan memperhatikan segi kemaslahatan dan kemanfaatan bagi penerima wasiat, sehingga benar-benar mempunyai nilai ibadah baginya. *Illat* hukum pelaksanaan wasiat adalah adanya faktor keadaan penerima, seperti untuk memperbaiki sistem ekonomi atas dasar kekerabatan, adanya faktor yuridis yang menghalanginya, tetapi di sisi lain dapat diupayakan dan adanya faktor keadilan. Oleh karena itu merupakan tindakan yang *makruf* apabila pelaksanaan wasiat kepada karib kerabat yang membutuhkan dan berorientasi kepada nilai-nilai kemanusiaan, kemanfaatan dan kemaslahatan (teori mashlahat) sangat perlu direalisasikan dalam kehidupan masyarakat yang pluralis beragamanya.

Pengembangan hukum Islam tidak dapat dilepaskan dari faktor lingkungan di mana hukum Islam itu beroperasional, dengan melihat faktor sosial dan budaya, sera alasan (*illat*) yang mempengaruhi terbentuknya hukum Islam itu. Dalam hal ini Kompilasi Hukum Islam (dalam bidang hukum kewarisan) tetap harus dikembangkan dengan *"tahrij al-ahkam 'ala nash al-qanun"* (pengembangan *teks* undang-undang) dengan memperhatikan keadaan sosial masyarakat dan dalam hal yang demikian sangat dimungkinkan dalam Islam yang bertujuan untuk kemaslahatan dan sekaligus meniadakan kesulitan bagi kehidupan manusia dan nilai-nilai kemanusiaannya.

Dari kasus posisi di atas dengan menggunakan kerangka teori sebagai pisau analisis, yaitu: "teori penemuan hukum", bahwa hukum waris Islam yang dipandang *qath'i* pada tingkatan pelaksanaan (*tanfidz*) bisa menjadi *dhanni.* Mengapa demikian, karena hukum waris termasuk hukum muamalah ("teori ajaran non dasar"). Asas hukum muamalah adalah terbuka untuk dikembangkan asal tidak bertentangan dengan nilai-nilai Islam. Ia bersifat *ta'aqquli* atau *ma'qulat alma'na* (dapat dilacak secara rasional dengan menggunakan akal sehat ("teori rasional"). Kemudian yang dikehendaki atau dituju oleh hukum waris Islam adalah keadilan ("teori keadilan"), maka pendekatan yang harus digunakan adalah pendekatan substansial dengan memalingkan teks ke konteks, dari arti hakiki ke arti *majazi* ("*teori ta'wil*). Apalagi situasi sosial, ekonomi sekarang terjadi perubahan yang berbeda pada zaman diturunkannya al-Qur'an, maka perlu dinamisasi pemahaman ("teori *nasakh*" dan "teori *illat* hukum").

5.3 Metode Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam

Hakim secara etimologi merupakan kata serapan dari bahasa Arab, yaitu *"hakama"* yang berarti orang yang memberi putusan atau diistilahkan juga dengan *qadli*, yaitu orang yang mengadili perkara di pengadilan. Sedangkan hakim Pengadilan Agama adalah pejabat yang melakukan tugas kekuasaan pengadilan. Adapun yang dimaksud

Pengadilan Agama adalah salah satu kekuasaan kehakiman bagi rakyat pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara teretentu. Secara ideal tugas hakim sebagai penegak hukum dan keadilan, tidak dapat dipisahkan dengan kekuasaan kehakiman, yaitu kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, demi terselenggaranya negara hukum Republik Indonesia.

Dalam rangka penegakan hukum dan keadilan, maka tugas pokok hakim Peradilan Agama, yaitu berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara ditingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang perkawinan, waris, wasiat, hibah, wakaf, zakat, infaq, sadaqah dan ekonomi syari'ah. Melihat landasan normatif tugas hakim di atas, maka tugas pokok hakim terletak pada kata kunci, yaitu menegakkan "hukum dan keadilan" sebagai tugas dan kewajibannya. Seorang hakim dalam membuat putusan harus tetap berpijak dan berada pada koridor hukum. Sedangkan keadilan, merupakan implikasi dari adanya penegakan hukum tersebut. Seorang hakim dalam melakukan tugasnya tidak boleh bersikap diskriminatif. Dengan adanya penegakan hukum tersebut berarti secara otomatis menegakkan keadilan, karena hakikat yang utama dari hukum adalah keadilan.

Dalam proses mengadili, melalui pemeriksaan dan memutus perkara, hakim wajib berpedoman pada hukum formil (keadilan prosedural) dan hukum materiil (keadilan substansial). Pengguasaan materi hukum oleh

hakim mutlak diperlukan sebagai alat yang berorientasi pada pertimbangan *legal justice*, *moral justice* dan *social justice*, di samping harus sinkron denga tingkah laku yang jujur, adil dan bermoralitas.

Mengadili menurut hukum, artinya merupakan suatu asas untuk mewujudkan negara berdasarkan atas hukum. Setiap putusan hakim harus mempunyai sadar hukum baik yang prosedural maupun substantif, dan di sini hukum harus diartikan secara luas, baik dalam pengertian tertulis maupun tidak tertulis. Hukum yang hidup dalam masyarakat dapat dijadikan pertimbangan dalam putusan hakim, walaupun begitu hakim wajib mengutamakan penerapan hukum tertulis, kecuali kalau akan menimbulkan ketidak adilan, bertentangan dengan kesusilaan dan utau ketertiban umum.[420] Memang pada umumnya orang menganggap bahwa undang-undang pada umumnya dianggap lengkap untuk melayani segala macam permasalahan hukum baik menurut bunyi kata-kata maupun secara penafsiran hakim harus memutus menurut undang-undang, namun apabila ternyata dalam undang-undang tidak dapat ditemukan hukumnya, maka hakim berkewajiban mengambil putusan dengan jalan menciptakan hukum sebagai pembentuk undang-undang.

Dari dua kasus posisi di atas, yang isi putusan Mahkamah Agung RI dalam kasus pertama, yaitu Pewaris hanya meninggalkan satu anak perempuan (ahli waris), yang *menghijab* saudara kandung laki-laki Pewaris, dan ia (anak perempuan Pewaris tersebut) mendapatkan seluruh

[420] Hasil wawancara dengan Bagir Manan, Mantan Ketua Mahkamah Agung RI di Universitas Islam Sultan Agung (Unissula) Semarang, pada tanggal 10 Januari 2010.

harta warisan dari ayahnya (Pewaris). Kasus kedua, yaitu harta warisan Pewaris Islam, adapun anak anak Pewaris terdiri beragama Islam dan non Islam. Putusan Mahkamah Agung menyatakan: "anak kandung perempuan) yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan ahli waris, namun ia berhak mendapat bagian dari harta warisan kedua kedua orang tuanya almarhum berdasarkan *"wasiyat wajibah"* yang bagiannya sama dengan bagian anak (perempuan) ahli waris almarhum ayah dan ibunya.

Putusan Mahkamah Agung di atas, dalam kasus pertama seolah-olah bertentangan dengan Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang dinyatakan, bahwa "anak perempuan bila hanya seorang ia mendapat separoh bagian .... " (Pasal 176). Pada kasus kedua bertentangan juga dengan Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang dinyatakan, bahwa "ahli waris adalah orang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah atau hubungan perkawinan dengan Pewaris, beragama Islam ...." (Pasal 171 huruf (c).

Adapun pertimbangan hukum Mahkamah Agung pada Kasus pertama, yaitu: selama masih ada anak laki-laki maupun perempuan, maka hak waris dari orang-orang yang mempunyai hubungan darah dengan Pewaris kecuali orang tua, suami dan istri menjadi tertutup (*terhijab*). Bahwa pendapat ini sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir di kalangan sahabat Nabi dalam mentafsirkan kata-kata *"walad"* pada ayat 176 *Surat an-Nisa'*, yang berpendapat pengertiannya mencakup baik anak laki-laki maupun anak perempuan. Dengan demikian maka seorang

saudara laki-laki kandung Pewaris menjadi tertutup atau *terhijab* (terhalangi) oleh anak perempuan Pewaris untuk mendapat warisan.

Adapun pertimbangan Mahkamah Agung pada kasus kedua, yaitu: bahwa anak kandung perempuan yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan ahli waris dari Pewaris yang beragama Islam, namun ia berhak mendapatkan bagian dari harta warisan dari kedua orang tuanya almarhum berdasarkan *"wasiat wajibah"* yang bagiannya sama dengan bagian anak perempuan ahli waris almarhum ayah dan ibunya. Hal ini berbeda dengan putudan Pengadilan Tinggi Agama yang memutuskan bahwa, anak perempuan yang non muslim berhak mendapatkan harta warisan almarhum bapak dan ibunya berdasarkan *"wasiyat wajibah"* sebesar ¾ (tiga perempat) bagian seorang anak perempuan ahli waris almarhum ayah dan ibunya.

Melihat kasus posisi di atas terdapat perbedaan antara norma hukum yang terdapat dalam undang-undang dengan norma hukum yang terdapat dalam putusan antara Pengadilan Agama, Pengadilan Tinggi Agama dan Mahkamah Agung sebagai puncak pemberian putusan hukum dan keadilan mengenai sengketa hukum kewarisan Islam. Memang hal yang demikian itu dimungkinkan, karena diantara watak hukum Islam adalah *harakah* atau dinamis, dimana hukum Islam mempunyai kemampuan untuk bergerak dan berkembang, memiliki daya hidup dan dapat pula membentuk diri sesuai dengan perkembangan zaman.

Dalam dinamika perkembangan itu, hukum Islam mempunyai kaidah asasi, yang merupakan sumber hukum Islam yang ketiga yaitu *al-ra'yu* (pemikiran) dengan metode ijtihad yang dapat menjawab segala tantangan zaman dan dapat memenuhi harapan dengan tetap memelihara ruh Islam dan hukum Islam yang tidak dapat dilepaskan dengan *"maqashid syari'ah"*, bahwa Islam dan hukum Islam itu pasti menciptakan *"jalbu al-mashalih wa dar'u al-mafasid"* (mendatangkan kebaikan dan menolah keburukan) dan ujung-ujungnya memberikan keadilan.

Tugas utama hakim Pengadilan Agama adalah menerima, memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan kepadanya. Pengadilan tidak boleh menolak suatu perkara dengan dalih tidak ada aturan hukum yang mengaturnya. Berdasarkan hal tersebut, maka mempunyai makna penting sekali peranan hakim Peradilan Agama. Dari hasil penelitian dan analisis dapat dikemukakan bahwa hakim mempunyai peranan penting untuk melakukan ijtihad dalam rangka mengembangkan hukum mareriil Peradilan Agama yang terdapat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) khusus bab II tentang hukum Kewarisan, dengan cara menggali nilai-nilai hukum Islam yang hidup di masyarakat, sehingga putusan yang dijatuhkan bisa memenuhi rasa keadilan masyarakat.

Wujud pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) di antaranya berupa terobosan bahwa anak perempuan kandung Pewaris dapat *memahjub* saudara laki-laki kandung Pewaris, serta terobosan memberikan bagian warisan kepada anak *non muslim* yang

selama ini belum pernah dilakukan atau dikenal dalam praktek di lingkungan Peradilan Agama karena seakan-akan bertentangan dengan al-Qur'an, as-Sunnah maupun Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Metode ijtihad hakim Peradilan Agama dalam memutuskan kasus posisi di atas tidak dapat dilepaskan dengan "teori *maqashid al-syari'ah*" dengan metode *"istihsan"*. dan *"maslahat"*. Disamping berkaitan dengan tugas hakim adalah memutus perkara yang diajukan kepadanya, maka ia mengaplikasikan atau menerapkan hukum pada kasus-kasus tertentu, maka bentuk ijtihadnya adalah *"ijtihad tatbiqi"* di samping *"ijtihad istinbati"*.

Ijtihad mengandung arti mencurahkan kemampuan atau upaya sungguh-sungguh dalam memecahkan persoalan yang berat dan sulit baik secara *hissi* (pisik) atau secara *maknawi* (non pisik). Kalau ijtihad itu dikaitkan dengan persoalan hukum (Islam) maka didapatkan pengertian, yaitu: mencurahkan kemampuan untuk mendapatkan hukum *syara'* yang bersifat operesional, amali melalui *istinbat* (penggalian) hukum. Adapun berkaitan dengan kasus ini, bahwa hakim Peradilan Agama melakukan ijtihad dalam rangka memberi penjelasan dan penafsiran terhadap *nash* dan Kompilasi Hukum Islam (KH) dalam upaya mengembangkan teks (*tahrij al-ahkam 'ala nash al-qanun*) untuk mencapai *maqashid al-syari'ah* yaitu keadilan (aspek filosofis) dan kemanfaatan (aspek sosiologis).

Maqashid al-syari'ah dapat diartikan tujuan hukum Islam. Tujuan hukum yang diturunkan Allah SWT, yaitu kemaslahatan umat manusia.

Bagaimana kandungan huukum Allah itu dapat diekpresikan dengan aspirasi hukum manusia yang manusiawi. Bahwa kandungan *maqashid al-syari'ah* adalah kemaslahatan. Kemaslahatan itu melalui analisis *maqashid al-syari'ah* tidak hanya dilihat dalam arti teknis belaka, akan tetapi dalam upaya dinamika dan pengembangan hukum dilihat sebagai suatu yang mengandung nilai filosofis dari hukum-hukum yang disyari'atkan Allah terhadap manusia.[421]

Bertitik tolak dari obyek ijtihad yang dilakukan oleh hakim Peradilan Agama dalam memutus kasus di atas, terdapat dua corak penalaran dalam upaya penerapan *maqashid al-syariah*, yaitu corak penalaran *ta'lili* dalam bentuk *istihsan* dan corak penalaran *ta'lili* dalam bentuk *istislahi*. Corak penalaran *ta'lili* merupakan upaya penggalian hukum yang bertumpu pada penentuan *'illah-'illah* hukum yang terdapat dalam suatu *nash*. Perkembangan corak penalaran *ta'lili* ini didukung oleh suatu kenyataan bahwa *nash* al-Qur'an maupun as-Sunnah dalam penuturannya dalam suatu hukum sebagian diiringi dengan penyebutan *'illah-'illah* hukumnya. Atas dasar *'illah* yang terkandung dalam suatu *nash*, permasalahan-permasalahan hukum yang muncul diupayakan pemecahannya melalui penalaran terhadap *'illah* yang ada dalam *nash* tersebut. Adapun corak penalaran *istislahi* merupakan upaya penggalian hukum yang bertumpu pada prinsip-prinsip kemaslahatan yang disimpulkan dari al-Qur'an dan as-Sunnah.

---

[421] Asfari Jaya Bakti, *op. cit.*, hal. 96.

Melihat bahwa putusan Mahkamah Agung dalam kasus posisi di atas, seakan-akan merupakan penyimpangan terhadap norma hukum yang terdapat dalam al-Qur'an, as-Sunnah maupun Kompilasi Hukum Islam(KHI), di mana anak perempuan Pewaris dapat *memahjub* saudara laki-laki kandung Pewaris dan anak non muslim Pewaris yang beragama Islam tetap mendapatkan warisan dengan *wasiat wajibah*, maka metode *istinbat* hukum yang digunakan oleh Mahkamah Agung adalah penerapan *maqashid al-syari'ah* dengan corak penalaran *ta'lili* dengan metode *istihsan*. Art kata *istihsan* adalah menganggap baik terhadap sesuatu. Menurut Abd. Al-Wahhab Khallaf, *istihsan* adalah pindahnya pemikiran seorang *mujtahid* dari ketentuan *qiyas jali* (jelas) kepada *qiyas khafi* (kurang jelas) atau *dalil kulli* (umum) kepada ketentuan hukum *takhsis* (khusus) atas dasar adanya dalil yang memungkinkan perpindahan itu.[422]

Terdapat hubungan *istihsan* dengan *maqashid al-syari'ah*, dimana *maqashid al-syari'ah* merupakan pertimbangan yang menentukan dalam metode *istihsan*, yang merupakan *tahsis* terhadap dalil yang sifatnya umum, juga secara metodologis merupakan alternatif pemecahan permasalahan yang tidak dapat dilakukan pemecahan-pemecahan dengan metode yang lain. Metode *istihsan* harus berorientasi kepada usaha mewujudkan *maqashid al-syari'ah* serta memperhitungkan dampak positif dan negatif dari penerapan suatu hukum, yang disebut *"al-nazar fi al-ma'alat"*.

[422] Abd. Al-Wahhab Khallaf, *Ilm Ushul al-Fiqh*, (Kairo: Dar al-Kuwaitiyyah, 1968), hal. 79.

Di samping itu metode *istinbat* hukum yang digunakan oleh Mahkamah Agung dalam memutus kasus posisi di atas, menggunakan corak penalaran *istislahi* dengan *metode maslahat*. Urgensi pertimbangan *maqashid al-syari'ah* dengan corak *penalaran istislahi* dengan *metode maslahat* dalam kasus di atas, bahwa anak perempuan Pewaris *memahjub* saudara laki-laki kandung Pewaris, karena faktanya bahwa kehidupan sekarang menuju keluarga inti yang hanya terdiri dari suami, istri, anak-anak dan ayah serta ibu. Tidak saling melingdungi dan menanggung beban ekonomi antara paman dengan keponakan sehingga wajar apabila hanya ada anak (baik laki-laki atau perempuan) maka ia mendapat harta warisan Pewaris seluluhnya. Demikianpun anak yang non muslim mendapat bagian warisan dari Pewaris yang muslim, dengan alasan *"wa tuqsitu ilaihim"* (dan berlaku adil kepada mereka) berarti memberikan (*qistan*) dari kekayaan kepada mereka (yang non muslim) dalam rangka menjaga hubungan baik, dan inilah yang disebut *maslahat*.

Maslahat dalam pengertian istilah adalah *manfaat* yang dikemukakan oleh *Syari'* dalam menetapkan hukum untuk hambahnya. Urgensi kemaslahatan terdapat pada semua bentuk hukum, baik hukum-hukum yang berdasarkan pada wahyu maupun hukum yang dicipta oleh manusia berdasarkan *siyasah syar'iyyah*, sebab setiap kemaslahatan yang tidak ditunjukkan oleh *nash* secara khusus, akan tetapi hal itu sesuai atau tidak bertentangan dengan *ruh syari'at*, maka maslahat seperti itu dapat menjadi

dasar hukum. Di sini peran *maslahat* mempertimbangkan menarik kebaikan dan menolak kerusakan dalam kehidupan masyarakat [423]

Proses bekerjanya ijtihad hakim Peradilan Agama dalam memutus kasus posisi di atas tidak dapat dilepaskan dari dua bentuk *ijtihad*, yaitu *ijtihad istinbati* dan *ijtihad tatbiqi*. Dalam *ijtihad istinbati*, terkandung upaya untuk meneliti *'illah* yang dikandung oleh *nash*, sedangkan dalam *ijtihad tatbiqi* berupa upaya untuk meneliti suatu masalah dimana hukum hendak didentifikasikan dan diterapkan sesuai dengan ide yang dikandung oleh *nash* dengan memfokuskan upaya mengkaitkan kasus-kasus yang muncul dengan kandungan makna yang ada dalam *nash*, dan ijtihad yang kedua ini disebut: *"tahqiq al-manat"*.

Dalam *ijtihad istinbati* mekanismenya adalah bahwa seorang hakim memfokuskan perhatiannya pada penggalian ide-ide yang terkandung dalam *nash* secara abstrak, sedangkan dalam *ijtihad tatbiqi* seorang hakim berupaya untuk menerapkan ide-ide yang abstrak kepada permasalahan-permasalahan hukum atau kasus-kasus yang kongkrit. Jadi obyek kajian *ijtihad istinbati* adalah *nash*, sedangkan obyek kajian *ijtihad tatbiqi* adalah manusia sebagai pelaku hukum dengan dinamika perubahan dan perkembangan yang dialaminya atau disebut sebagai upaya sosialisasi dan penerapan *ide-ide nash* pada kehidupan manusia yang senantiasa berkembang dan berubah sampai akhir zaman.

---

[423] Masjfuk Zuhdi, *Pengantar Hukum Syari'ah*, Cet. 1 (Jakarta: Penerbit PT. Toko Gunung Agung, 1986), hal. 83.

Antara *ijtihad istinbati* dengan *ijtihad tatbiqi* berkaitan dengan fungsi hakim Peradilan Agama untuk memutus perkara yang diajukan kepadanya, kedua ijtihad tersebut saling berkaitan dan memiliki hubungan yang saling memerlukan.Tidak mungkin melakukan *ijtihat tatbiqi* sebelum melakukan *ijtihad istinbati* dengan mengidentifikasi dan mengetahui permasalahan hukum (kasus kejadian) yang sesungguhnya, baru hakim melakukan *ijtihad istinbati* apa dasar hukum atau hukum yang pas atas kejadian atau kasus tersebut, disamping mengetahui tentang esensi dan ide umum suatu undang-undang atau *nash*, tetap menjadi tolok ukur dalam penerapan hukum. Kekeliruan dalam menetapkan ide ayat akan melahirkan kekeliruan pula dalam menilai masalah baru dan penerapan hukumnya.

Mekanisme keterkaitan antara *ijtihad istinbati* dengan *ijtihad tatbiqi* dapat dilihat dalam kasus posisi di atas, bahwa dalam al-Qur'an sudah sangat jelas, bahwa apabila hanya ada satu anak perempuan saja maka ia mendapat separoh (dari harta ayah/Pewaris). Demikian juga anak non muslim tidak dapat mewarisi harta warisan Pewaris. Dalam al-Qur'an maupun dalam as-Sunnah serta dalam Kompilasi Hukum Islam memang demikian aturan atau norma hukumnya.

Ayat al-Qur'an, as-Sunnah dan Kompilasi Hukum Islam di atas, menunjukkan norma hukum bahwa anak perempuan Pewaris tidak dapat *memahjub* saudara kandung laki-laki Pewaris, demikianpun anak non muslim terhalangi untuk mendapatkan warisan dari Pewaris yang muslim, upaya mengetahui kriteria norma hukum itu disebut *ijtihad istinbati.* Pada

tahap berikutnya seorang hakim Peradilan Agama harus meneliti apa ide norma hukum yang ada dalam al-Qur'an, as-Sunnah dan Kompilasi Hukum Islam (KHI) itu, sesudah ditemukan ide dasarnya, pada tahap berikutnya hakim Peradilan Agama mengaplikasikan ide itu, lalu seterusnya mengadakan analisis apakah ide norma hukum di atas itu sesuai atau tidak dengan kasus kejadian yang dikehendaki al-Qur'an. As-Sunnah maupun Kompilasi Hukum Islam (KHI) itu, dan inilah yang disebut *ijtihad tatbiqi.*

Apabila dipahami lebih jauh mekanisme ijtihad dengan contoh di atas bahwa *ijtihad istinbati* mempunyai kaitan yang tidak dapat dipisahkan dengan keharusan memahami *maqashid al-syari'ah,* karena *ijtihat istinbati* tersebut merupakan upaya menggali ide-ide hukum yang terkandung dalam *nash*, lalu diterapkan ide hukum di atas dengan menggunakan *ijtihad tatbiqi*. Kedua ijtihad tersebut dapat berjalan dengan baik apabila dalam hal ini para hakim Peradilan Agama dapat memahami *maqashid al-syari'ah* dengan baik pula.

Pengetahuan dan pemahaman *maqashid al-syari'ah* merupakan aspek penting dalam melakukan ijtihad. Orang yang berhenti pada *zahir ayat* atau pendekatan *lafziyyah* dan mengabaikan maksud-maksud *pensyari'atan* hukum akan dihadapkan pada kekeliruan, dan berijtihad dengan menggunakan metode *Maqashid al-syari'ah* menjadi kunci keberhasilan hakim Peradilan Agama dalam ijtihad putusannya, karena kepada landasan tujuan hukum itulah setiap persoalan dalam kehidupan

manusia dikembalikan. Baik terhadap masalah-masalah baru yang belum ada secara *harfiyah* dalam wahyu maupun dalam kepentingan untuk mengetahui apakah suatu kasus masih dapat diterapkan suatu ketentuan hukum atau tidak karena terjadinya pergeseran-pergeseran nilai akibat perubahan-perubahan sosial. Pemikiran isi (*ruh)* syari'at bukan bukan pemikiran teks (*lafdziyyah*) banyak dilakukan Umar bin Khaththab. Banyak ketentuan hukum Islam yang disebutkan dalam *nash* dipikirkan juga tentang *"jiwa"* yang melatarbelakanginya, hingga jika jiwa yang melatarbelakangi itu tidak tampak dalam penerapannya pada suatu saat dan keadaan tertentu, maka ketentuan hukum itu tidak dilaksanakan. Selama *'illat* hukum masih terlihat, maka ketentuan hukumnya dilaksanakan, sebaliknya jika *'illat* hukum tidak terlihat, maka ketentuan hukum tidak perlu dilaksanakan.

Setiap ketentuan hukum berkaitan dengan *'illat* yang melatarbelakanginya, jika *'illat* ada maka hukumnya pun ada dan jika *'illat* tidak ada maka hukumnyapun tidak ada. Memahami jiwa hukum merupakan suatu keharusan untuk menunjuk *'illat* hukum secara tepat dan dapat dipertanggungjawabkan.

Ijtihad yang dilakukan oleh hakim Peradilan Agama merupakan keniscayaan, sebab Kompilasi Hukum Islam (KHI) selesai dengan diundangkannya, tetapi permasalahan kehidupan dalam aspek hukumnya

tidak pernah selesai, terus berkembang dan dinamis.[424] Memang ijtihad bukan merupakan pekerjaan yang ringan, namun tetap diperlukan, karena persoalan- persoalan hukum senantiasa miuncul sesuai dengan kebutuhan, tuntutan tempat dan waktu. Ketiadaan ijtihad dapat melahirkan kevakuman hukum. Persoalan hukum muncul tanpa batas tempat dan waktu, sedangkan *nash-nash* dan peraturan perundang-undangan yang ada sangat terbatas, oleh karena itu ijtihad harus dilakukan.

Upaya ijtihad dewasa ini berbeda dengan upaya ijtihad yang dilakukan pada masa lalu. Hal ini disebabkan persoalan-persoalan yang muncul lebih kompleks. Pemecahannya memerlukan pendekatan yang komprehensip, baik dari segi budaya, ekonomi, soaial dan sebagainya. Disiplin-disiplin ilmu tersebut tidak dapat hanya dikuasai perorangan, tetapi oleh banyak orang sehingga memerlukan bantuan multi disiplin ilmu dari berbagai individu. Hal ini disadari oleh hakim Pengadilan Agama apabila kurang menguasai hal yang bukan bidangnya maka ia mendatangkan saksi ahli untuk membantu hal yang demikian itu.

Proses persidangan di Pengadilan Agama pada umumnya disidangkan oleh majelis yang terdiri dari tiga orang hakim atau lima orang hakim atau tujuh sampai sembilan orang hakim. Untuk itu dapat dikatakan bentuk ijtihad hakim Peradilan Agama merupakan bentuk *ijtihad jama'i* (kolektif), bukan bentuk *ijtihad fardi* (perorangan). Putusannya merupakan putusan majelis atau putusan bersama yang

[424] Hasil wawancara dengan Bagir Manan, Mantan Ketua Mahkamah Agung RI, di Universitas Islam Sultan Agung (Unissula) Semarang, pada tanggal 10 Januari 2010.

merupakan produk kerjasama akan lebih dapat mendekati kebenaran dibanding hanya dari perorangan saja. Dengan demikian maka *ijtihad jama'i* yang dilakukan oleh hakim Peradilan Agama dapat memberi isi yang padat dan komprehensif terhadap suatu putusan hukum. Aspek-aspek yang dikemukakan oleh para hakim dalam suatu majelis akan membantu dalam mengungkap *maqashid al-syari'ah* sehingga putusan yang dihasilkan oleh majelis hakim tersebut sesuai atau tidak bertentangan dengan *ide maqashid al-syari'ah* tersebut.

Dari analisis kasus posisi di atas tidak dapat dilepaskan dari penggunaan "teori penemuan hukum" sebagai pisau analisis dalam melakukan ijtihat bagi seorang hakim di Pengadilan Agama untuk memutuskan keadilan dalam putusannya sehingga ia melakukan pengembangan teks undang-undang (*tahrij al-ahkam 'ala nashi al-qanun*). Di samping itu sebagai pisau analisis untuk memahami kasus posisi di atas tidak dapat dilepaskan juga dengan menggunakan "teori keadilan". Tekstual suatu ayat al-Qur'an maupun as-Sunnah demikianpun suatu peraturan perundang-undangan (dalam hal ini Hukum Waris dalam Kompilasi Hukum Islam) mengandung ide keadilan. Bagaimana ide tersebut diterapkan (diaplikasikan) untuk memutus suatu kasus yang diajukan kepada hakim Peradilan Agama tersebut yang diwujudkan dalam putusan dengan mempertimbangkan faktor-faktor *illat* hukum yang menyertainya. Hakim harus menegetahui ide hukum (ijtihad istinbati) dan dapat pula menerapkan (mengaplikasikan) ide hukum itu (ijtihad tatbiqi)

dalam putusannya sehingga berkeadilan. Hal yang demikan itu diamanatkan oleh Kompilasi Hukum Islam Pasal 229 yang dinyatakan: "Hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya, wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannnya sesuai dengan rasa keadilan".

5.4 Peran Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam untuk Mengantisipasi Perkembangan Kehidupan Keluarga Muslim di Indonesia

Pengadilan Agama di samping sebagai institusi hukum yang menegakkan kepastian hukum dan keadilan, juga sebagai institusi sosial, yaitu mengakomodir dinamika perkembangan sosial dari aspek hukum yang berakibat putusan hakim pengadilan agama mempunyai nilai keadilan (aspek filosofis) dan nilai manfaat (aspek sosiologis). Dari sini penemuan hukum mutlat diperlukan, apalagi adanya perkembangan kehidupan (termasuk perkembangan hukum keluarga muslim di Indonesia).

Dalam penemuan hukum dikenal aliran progresif dan aliran konservatif. Aliran progresif berpendapat bahwa hukum dan peradilan merupakan alat untuk perubahan sosial, sedangkan aliran konservatif berpendapat bahwa hukum dan peradilan hanyalah untuk mencegah

kemrosotan moral dan nilai-nilai lain.[425] Dalam penemuan hukum itu terdapat proses berpikir dari seorang ahli hukum dengan menggunakan metode interpretasi yang mengantarkan dan membawanya kepada suatu putusan hukum ataupun pengembangan hukum.

Penemuan hukum dengan metode interpretasi tersebut meliputi gramatikal, historis, sistematis, teologis-sosiologis, secara perbandingan hukum, metode analogis, argumen a contrario, pengahalusan hukum serta antisipatis futuristis. Dalam penerapannya metode pendekatan yang digunakan dalam metode penemuan hukum ini adalah intelektual rasional dan intelektual logis. Intelektual rasional dalam arti subyek penemu hukum mengenal dan memahami kenyataan kejadian yang peraturan hukumnya yang berlaku dan akan diperlakukan berikut ilmunya. Adapun intelektual logis, dalam arti penerapan hukum normatif terhadap kasus posisinya mengindahkan hukum logika, baik yang formil maupun yang materiil.

Hukum secara empirik bukan merupakan hal yang statis, tetapi selalu mengikuti perubahan masyarakat, oleh sebab itu hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, memahami dan mengikuti nilai-nilai hukum yang hidup dan berkembang dalam masyarakat. Oleh karena itu melalui putusannya seyogyanya hakim tidak menjauhkan putusan-putusan yang tidak membumi, dengan kata lain tidak bermanfaat bagi

[425] Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia,* (Yogyakarta: Liberty, 1985), hal. 137.

masyarakat.[426] Dengan demikian dalam rangka penegakan hukum dan keadilan sehingga dapat memberikan pengayoman bagi masyarakat banyak tergantung pada profesionalisme hakim, di samping aspek moral dan etika hakim sehingga putusan yang dijatuhkan dapat memenuhi tiga hal yang sangat esensial, yaitu: keadilan (nilai filosofis), kepastian (nilai yuridis) dan kemanfaatan (nilai sosiologis). Sebab pada hakikatnya, segala sesuatu yang berhubungan dengan pelaksanaan tugas badan-badan penegak hukum dan keadilan tersebut baik buruknya tergantung dari manusia-manusia pelaksananya, *in casu* para hakim dan pejabat yang terkait.

Hakim sebagai figur sentral dalam proses peradilan, dituntut bukan hanya untuk mengembangkan kecerdasan intelektual dan ketrampilan teknis yustisial semata, tetapi juga harus membangun dan mengembangkan kecerdasar emosional dan kecerdasan moral spiritual yang memiliki dimensi universal yang berakibat dapat mengembangkan hukum yang disebut hukum progresif yang beresensi bahwa hukum bukan sebagai sebuah produk yang selesai ketika diundangkan, tetapi melalui proses pemaknaan yang tidak pernah berhenti, berupa *ruh* yang harus diraih tujuan (*maqashid al-syari'ah*)nya.

Di samping tugas hakim sebagaimana tersebut di atas, hakim juga mempunyai tugas secara kongkrit dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara, melalui tiga tahap, yaitu: (a) mengkonstatir, yaitu menetapkan dan

[426] Achmad Ali, "Eksistensi Hakim dalam Penegakan Hukum di Indonesia," dalam *Mimbar Hukum No. 52 Thn. XII 2001*, hal. 66.

merumuskan peristiwa kongkrit, (b) mengkualifisir, yaitu menetapkan atau merumuskan peristiwa hukumnya, dan (c) mengkonstituir, yaitu memberikan konstitusinya berupa penetapan hukumnya dan memberikan keadilan kepada para pihak yang bersangkutan. Tugas hakim pada dasarnya adalah memberi putusan dalam setiap perkara yang dihadapkan kepadanya, menetapkan hal-hal seperti hubungan hukum, nilai hukum daripada perilaku, serta kedudukan hukum pihak-pihak yang terlibat dalam suatu perkara yang dihadapinya.

Peran Pengadilan Agama dalam mengakomodir perkembangan hukum keluarga Islam mutlak diperlukan. Dalam perspektif sosiologis, Pengadilan Agama bukan suatu institusi yang seratus persen otonom dalam masyarakat, tetapi ia ada bersama-sama dengan berbagai institusi lain yang dibutuhkan oleh masyarakat. Dalam konteks makro, Pengadilan Agama termasuk dalam hukum yang ada bersama-sama dengan sistem sosial dan dinamikanya. Dalam sistem sosial terdapat dinamika, perubahan baik yang disebabkan oleh waktu maupun tempat yang mengakibatkan perubahan hukum (Islam) *(taghayyur al- ahkam bi taghayyir al- azminat wal amkinat*). Pengadilan sebagai institusi yang terbuka, yaitu sebagai salah satu institusi sosial, maka harus tanggap dan mengakomodir perkembangan sosial dan hukumnya supaya putusannya bermanfaan pada masyarakat pencari keadilan.

Dalam kedudukan dan keadaan yang demikian itu, maka hukum itu senantiasa melakukan pertukaran dengan lingkungannya sebagaimana

disebutkan di atas. Hukum, pengadilan tidak bisa bekerja menurut apa yang dianggapnya harus dilakukan, melainkan merupakan hasil pertukaran dengan lingkungannya yang besar itu. Dalam keadaan ini, bahwa proses hukum merupakan bagian dari proses sosial yang lebih besar. Keadaan yang demikian itulah, maka keberadaan Pengadilan Agama dapat dikatakan "ketiadaan otonomi mutlak" ia terbuka dan berkembang bersama perkembangan sosial dari aspek hukumnya bersama-sama masyarakat.

Dalam kaitan dengan pemahaman di atas, maka apa yang dihasilkan oleh Pengadilan Agama (berupa putusan) senantiasa merupakan keluaran dari hasil pertukaran tersebut di atas. Oleh karena itu menjadi penting untuk mendekati dan membicarakan hukum dalam konteks sosial yang lebih besar dengan pemahaman yang komprehensif. Salah satunya adalah pertukaran antara hukum dan kebudayaan, di sini antara hukum dan kebudayaan sangat berbeda, yang benar adalah hukum tidak dapat dipisahkan dari sistem sosial atau budaya masyarakatnya. Dalam kenyataannya untuk mengoperasionalkan hukum Islam, (contoh Kompilasi Hukum Islam) sudah menjadi suatu yang sangat tinggi kadar teknisnya, sehingga bisa disifatkan sebagai teknologi.

Apabila dipahami dalam konteks yang demikian, maka niscaya hanya bisa berkonsentrasi kepada sistem hukum positif (Islam) saja, melainkannya menempatkan dalam kontek, perspektif dan determinasi kebudayaan. Kehidupan hukum (Islam) tidak lagi dilihat semata-mata

sebagai kehidupan "peraturan" melainkan juga "perilaku", dan melalui perilaku inilah ditemukan antara lain interpretasi budaya oleh manusia (pengadilan) terhadap sekian peraturan hukum (Islam) yang berlaku di masyarakat.

Dengan melihat kehidupan dan dunia hukum (Islam) dari pandangan serta pendekatan yang demikian itu, maka di atas hukum masih ada wawasan etis dan moral. Hukum dalam pelaksanaannya (aplikasi) di Pengadilan Agama mengalami suatu "reinterprestasi etis" sebelum muncul sebagai suatu putusan. Hukum yang dipandang serba pasti pada akhirnya tidaklah demikian, karena mengalami berbagai macam interprestasi untuk menggali dan mencapai *maqashid al-syari'ah.*

Dengan demikian dapat dikatakan bahwa Pengadilan Agama bukan merupakan badan yang sepenuhnya otonom, melainkan senantiasa mengalami pertukaran dengan lingkungannya yang lebih besar. Hakim merupakan alat institusi pengadilan yang sangat strategis, yang mempunyai tugas sebagai penegak hukum dan keadilan yang wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Di sini terdapat pertukaran antara Pengadilan (Agama) dengan dinamika masyarakat.

Derdasarkan hal-hal tersebut di atas, maka dapat dikatakan, bahwa Pengadilan Agama merupakan "institusi yang dinamis", sebagai institusi yang menata kembali masyarakat, menginterprestasikan teks-teks undang-undang (Kompilasi Hukum Islam) dalam konteks masyarakat serta

perubahan-perubahannya. Dengan demikian Pengadilan Agama itu tidak hanya dilihat sebagai bangunan serta institusi hukum, tetapi dapat juga dilihat sebagai institusi sosial Sebagai institusi sosial yang demikian itu, Pengadilan Agama tidak dapat dilihat sebagai institusi yang berdiri dan bekerja secara otonom, tetapi senantiasa berada dalam proses pertukaran dengan lingkungannya.

Pengadilan Agama bersama-sama dengan masyarakat yang membentuk sruktur sosiologisnya, dengan membuka cakrawala yang lebih luas, yaitu Pengadilan Agama tidak hanya sebagai suatu "bangunan yuridis" saja, melainkan terkait dengan sekalian komponen "bamgunan sosiologis". Memperhatikan struktur sosiologis, bahwa Pengadilan (Agama) menerima kenyataan, bahwa tidak ada pengadilan yang sama di dunia, sekalipun fungsinya yang diembannya dikatakan sama, yaitu memeriksa dan mengadili. Tetapi karena Pengadilan (Agama) itu adalah institusi yang "berakar budaya" dan "berakar sosial", maka tentu seharusnya ia tanggap terhadap dinamika (hukum) masyarakatnya, sehingga putusannya benar-benar bermanfaat pada masyarakat pencari keadilan. Peran yang dilakukan Pengadilan Agama di atas, sehingga dapat melakukan penemuan dan pembentukan hukum baru dalam bidang hukum kewarisan yang tidak diatur dalam perundang-undangan (Kompikasi Hukum Islam) seperti dalam hasil penelitian ini, yang merupakan wujud *"tahrij al-akhkam 'ala nashil qanun"*.

Dari analisis tersebut di atas, bahwa Pengadilan Agama tidak hanya sebagai "institusi hukum" yang hanya menegakkan hukum (kepastian hukum), tetapi juga sebagai "institusi sosial" yang meneggakkan keadilan dan kemanfaatan, sehingga peran Peradilan Agama sangat terbuka terhadap perkembangan hukum masyarakatnya. Dengan menggunakan "teori keadilan" sebagai pisau analisis dari peran Pengadilan Agama atas perubahan sosial dari masyarakatnya dari kasus posisi di atas merupakan kenescayaan bahwa peran untuk memutus peristiwa hukum atau kasus hukum yang diajukan kepadanya dalam putusannya mencerminkan keadilan hukum dari masyarakatnya pula. Hal yang demikian ini diamanatkan pula dalam Kompillasi Hukum Islam Pasal 229 yang dinyatakan: "Hakim dalam menyelesaikkan perkara-perkara yang diajukan kepadanya, wajib memperhatikan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga puutusannya sesuai dengan rasa keadilan".

5.5 Kaidah Hukum yang Dapat Diambil dari Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam dan Kontribusinya terhadap hukum Nasional

Setelah membaca kasus posisi dalam huruf A di atas, dapat disimpulkan bahwa yang menjadi masalah pokok dalam sengketa harta

warisan tersebut adalah mengenai ada tidaknya hubungan ahli waris dari saudara kandung orang yang meninggal dunia (pewaris) apabila orang yang meninggal dunia (pewaris) itu hanya mempunyai atau meninggalkan satu anak perempuan saja. Untuk itu sudah dapat diketahui bagaimana putusan Mahkamah Agung dan pertimbangan hukumnya dalam memutus perkara di atas dalam hukum kewarisan yang dipandang sebagai pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam.

Menurut Pengadilan Tinggi Agama Mataram saudara kandung pewaris merupakan ahli waris orang yang meninggal dunia (pewaris) di samping anak perempuan pewaris. Untuk itu dari hasil pemeriksaan Pengadilan Agama Mataram telah terbukti bahwa Pewaris telah diakui bersama-sama telah meninggal dunia dengan meninggalkan seorang anak perempuan dan dan seorang saudara laki-laki kandung pewaris serta meninggalkan harta peninggalan.

Dengan demikian, Pengadilan Tinggi Agama Mataram mengadili, menetapkan bagian masing-masing bahwa anak perempuan pewaris mendapatkan ½ bagian, dan saudara laki-laki kandung pewaris mendapatkan ½ bagian dari harta warisan pewaris. Dari pertimbangan dan putusan tersebut dapat disimpulkan bahwa saudara laki-laki kandung Pewaris mendapat harta warisan bersama-sama dengan anak perempuan Pewaris. Dengan demikian saudara laki-laki kandung Pewaris tidak *terhijab* (terdinding) oleh anak perempuan si Pewaris.

Putusan Pengadilan Tinggi Agama Mataram tersebut telah dibatalkan. Dalam pertimbangan hukumnya, bahwa Mahkamah Agung berpendapat: "selama masih ada anak baik laki-laki maupun perempuan, hak waris dari orang yang mempunyai hubungan darah dengan pewaris kecuali orang tua, suami dan istri menjadi tertutup (*terhijab*).

Pendapat ini, sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir di kalangan sahabat Nabi dalam menafsirkan kata-kata *"walad"* pada ayat 176 *Surat an-Nisa'* yang perpendapat pengertiannya mencakup baik anak laki-laki maupun anak perempuan. Dari kasus posisi di atas terdapat pengembangan hukum kewarisan Islam dalam putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia, yaitu anak perempuan dari pewaris adalah menutup saudara kandung pewaris untuk mendapatkan warisan karena selama masih ada anak baik laki-laki atau perempuan, maka hak waris dari orang yang mempunyai hubungan darah dengan pewaris, kecuali orang tua, suami dan istri menjadi tertutup (*terhijab*). Pendapat ini sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir di kalangan sahabat Nabi dalam menafsirkan kata-kata *"walad"* pada ayat 176 *Surat an-Nisa'* yang perpendapat pengertiannya mencakup baik anak laki-laki maupun anak perempuan.

Setelah menganalisis kasus posisi di atas, dapat di tarik wujud pengembangan hukum kewarisan Islam dari putusan Mahkamah Agung RI, bidang hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam, khususnya hak waris dari orang yang mempunyai hubungan darah dengan

pewaris menjadi tertutup (*terhijab*) karena ada anak baik laki-laki maupun perempuan.

Menurut Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam Bab II tentang Ahli Waris, Pasal 174 dinyatakan: (1) kelompk ahli waris terdiri dari (a) menurut golongan darah: golongan laki-laki terdiri dari ayah, anak laki-laki, paman dan kakek. Golongan perempuan terdiri dari: ibu, anak perempuan, saudara perempuan dan nenek. (b) menurut golongan perkawinan terdiri dari duda dan janda. (2) apabila semua ahli waris ada, yang berhak mendapatkan warisan hanya: anak, ayah, ibu, janda atau duda. Dalam Pasal 174 ayat (2) tersebut dalam penjelasan pasal demi pasal dinyatakan cukup jelas.

Apabila diteliti lebih lanjut dari bunyi Pasal 174 ayat (2) Kompilasi Hukum Islam (KHI) dinyatakan bahwa apabila semua ahli waris ada, maka yang berhak mendapatkan warisan hanya anak, ayah, ibu, janda atau duda. Ahli waris ini merupakan ahli waris utama, artinya selagi masih ada anak, ayah, ibu, janda atau duda, harta warisan jatuh padanya, dan bisa mendinding (*memahjub*) ahli waris lainnya.

Kaidah hukum yang dapat diambil dari ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) adalah kata *"aulat"* mencakup anak laki-laki dan anak perempuan. Menurut pendapat ini, baik anak laki-laki dan anak perempuan masing-masing mendinding (*memahjub*) saudara kandung pewaris untuk mendapatkan harta warisan.

Dari kasus posisi kedua dalam huruf B di atas dari putusan Mahkamah Agung yang menyatakan bahwa anak kandung (perempuan) yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan sebagai ahli waris, namun ia berhak mendapat bagian dari harta warisan kedua orang tuanya (Pewaris Muslim) berdasarkan *wasiat wajibah*, yang bagiannya sama dengan bagian anak (perempuan) ahli waris almarhum ayah dan ibunya.

Putusan (yurisprudensi) Mahkamah Agung tersebut dapat ditarik kaidah hukumnya, yaitu bahwa dalam hubungan waris Islam, perbedaan agama bukan merupakan salah satu dari penghalang seseorang untuk mendapat bagian harta warisan dari Pewaris (beragama Islam). Untuk memenuhi rasa keadilan sebagai salah satu prinsip hukum kewarisan Islam, maka non muslim berhak mendapatkan bagian dari harta peninggalam pewaris (muslim) dengan menggunakan konstrksi hukum wasiat, yaitu *"wasiyat wajibah"*.

Ada dua cara yang ditempuh dalam pembinaan hukum nasional, yaitu melalui pembentukan perundang-undangan dan melalui putusan-putusan hakim (yurisprudensi). Putusan (yurisprudensi) hakim Peradilan Agama menduduki tempat yang sangat penting, karena dalam putusan (yurisprudensi) orang dapat menemukan wujud kaidah hukum yang konkrit, disamping itu sesuai dengan fungsi hakim, melalui putusan (yurisprudensi) dimungkinkan adanya penyesuaian kaidah hukum dengan

tuntutan perubahan, baik perubahan keadaan maupun perubahan rasa keadilan.

Melihat posisi kasus dalam penelitian ini, terdapat kontribusi hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) terhadap hukum nasional, yaitu: "Anak perempuan Pewaris, *menghijab* saudara laki-laki Pewaris dan ia mendapatkan seluruh harta warisan pewaris". Dan putusan dalam kasus yang lain dinyatakan: "anak kandung (perempuaan) yang beragama non Islam (Nasrani) ia berhak mendapatkan bagian dari harta warisan kedua orang tuanya (pewaris) berdasarkan *wasiat wajibah* yang bagiannya sama dengan bagian anak perempuan ahli waris almarhum ayah dan ibunya".

Yurisprudensi Mahkamah Agung tersebut di atas, berbeda dengan norma hukum yang terlegalitas dalam al-Qur'an, as-Sunnah maupun Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang dinyatakan dalam kasus pertama, bahwa "jika anak perempuan itu seorang saja, maka ia memperoleh separoh harta ...", dan dalam kasus kedua dinyatakan secara *muttafaq alaih* bahwa : " orang Islam tidak mewarisi harta orang kafir, dan orang kafir tidak mewarisi harta orang Islam". Dalam Kompilasi Hukum Islam dinyatakan: " ahli waris adalah orang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah, atau hubungan perkawinan dengan Pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang oleh hukum untuk menjadi ahli waris".

Kaidah yang lahir dari putusan hakim berupa (1) kaidah cakupan pengertian kata *walad* dan *awlad* yang mencakup anak laki-laki dan perempuan, dan (2) kaidah keadilan sebagai dasar beda agama tidak boleh menghalangi mendapatkan harta peninggalan harta orang tua yang meninggal dunia dengan kerangka *teori maqashid al-syari'ah* dengan pendekatan *ta'lili* dan *istishlahi*.

Putusan ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangn hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) tersebut dapat dikonstribusikan dalam hukum nasional. Putusan peradilan Agama yang digali dari ajaran atau hukum Islam atau penerapan ajaran atau hukum Islam akan menjelma dalam bentuk asas dan prinsip hukum yang bersumber dari ajaran atau prinsip serta pesan tata nilai religius, yang merupakan cara pikir rakyat dan bangsa Indonesia yang "magis religius". Putusan Mahkamah Agung tersebut merupakan pembentukan kaidah hukum, yang bersumber dari ajaran dan hukum Islam menjadi bagian dari sistem hukum nasional. Di samping itu dalam putusan yurisprudensi tersebut, melahirkan atau mengadaptasi ajaran (doktrin) hukum menurut ajaran Islam menjadi ajaran (doktrin) sistem hukum nasional. Dengan demikian tidak ada lagi dualisme antara hukum Islam dengan hukum nasional karena tercermin secara utuh dalam putusan (yurisprudensi), dan produk hukum Islam yang menjadi milik dan dinikmati orang Islam Indonesia saja, tetapi dapat pula dimiliki dan dinikmati oleh agama lain selain Islam, yang dinamakan hukum nasional.

Dengan demikian terjadilah refleksi sinergi yang tercermin dalam formulasi hukum Islam maupun aplikasinya (penerapan atau putusan) hukum yang memadukan yang melahirkan antara paham keagamaan (yang menjadi milik orang Islam saja) dengan paham kebangsaan (yang menjadi milik umum atau seluruh bangsa). Dengan demikian eksistensi hukum Islam sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari kesadaran masyarakat muslim Indonesia mengenai hukum dan keadilan yang memang jelas keberadaan atau eksistensinya dalam rangka hukum nasional, tetapi disamping itu bahwa produk hukum Islam yang terlahir dari ajaran atau hukum Islam dapat membantu dan melayani masalah hukum dari subyek hukum yang lain serta materi putusan yurisprudensi Peradilan Agama tersebut dapat diadopsi ke dalam pengertian hukum nasional.

Selain kontribusi melalui ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) terhadap hukum nasional, secara umum kontribusi itu dapat berupa kontribusi dalam bentuk asas-asas hukum Islam yang mendasari kaidah hukum. Dengan asas hukum yang mendasari kaidah hukum tersebut, maka asas hukum merupakan kendali agar kaidah hukum tidak diterapkan atau ditegakkan secara menyimpang dari cita hukum, fungsi dan tujuan hukum. Disamping itu asas hukum merupakan instrumen dimanisator suatu kaidah hukum, sehingga dapat diterapkan dan ditegakkan secara adil, benar, tepat dan manfaat bagi individu dan masyarakat.

Dalam kontribusi kaidah-kaidah hukum Islam dalam hukum nasional, perlu pemahaman karakteristiknya, yaitu bahwa kaidah-kaidah hukum Islam yang normatif semata-mata akan berlaku bagi orang-orang yang beragama Islam dan kaidah-kaidah hukum Islam yang berlaku umum dapat diperlakukan semua orang tanpa membedakan kepercayaan (agama) dari orang yang bersangkutan. Kaidah-kaidah hukum Islam dalam bidang ibadah hanya berlaku bagi mereka yang beragama Islam, sedang kaidah-kaidah hukum Islam dalam bidang *mu'amalat* ada pula yang berlaku bagi mereka yang beragama Islam dan dapat pula berlaku secara umum.

Dalam kontribusi subyek hukum Islam adalah orang-orang yang beragama Islam. Apakah hukum Islam mengandung pula subyek hukum bagi mereka yang tidak beragama Islam. Hal ini tergantung pada karakteristik dari asas dan kaidah hukum Islam itu. Suatu asas atau kaidah hukum Islam akan berlaku umum, apabila keberlakuan (penerapan) kaidah hukum Islam itu bersifat netral, artinya tidak berkaitan dengan kepercayaan pengamut agama tertentu, dan harus dapat dibuktikan bahwa kaidah hukum Islam tersebut akan menjamin secara universal berlakunya tujuan hukum, serta harus dapat dibuktikan pula bahwa asas dan kaidah hukum Islam tersebut mampu memenuhi kebutuhan hukum masyarakat secara umum.

Kontribusi hukum Islam tentang obyek hukum Islam cakupannya lebih luas, tidak hanya hukum keduniaan saja (*mu'amalat*) tetapi juga menyangkut hukum ibadah. Dalam bidang hukum *mu'amalat* lebih banyak

mengandung norma yang memberikan kontribusi masuknya hukum Islam ke dalam hukum positif, sehingga masa yang akan datang perlu dipikirkan kontribusi yang lebih mengarah pada peranan hukum Islam dalam mempengaruhi hukum nasional. Untuk itu jalur kontribusi hukum Islam, ditinjau dalam perspektif pembinaan hukum nasional dapat lewat peraturan perundang-undangan, melalui yurisprudensi, hukum kebiasaan, dan putusan-putusan lain yang bukan peraturan perundang-undangan.

Kontribusi hukum Islam dalam peraturan perundang-undangan saat ini masih terbatas usaha menempatkan hukum Islam dalam peraturan perundang-undangan nasional lebih ditentukan pada peraturan yang khas berlaku bagi mereka yang beragama Islam, belum banyak diungkapkan dimensi-deminsi hukum Islam yang berkaitan dengan kehidupan kebangsaan secara keseluruhan yang diserap dalam peraturan perundang-undangan nasionat serta pemikiran memasukkan hukum Islam dalam sistem perundang-undangan nasional belum banyak diarahkan pada asas hukum yang umum yang dapat berlaku secara umum. Secara nyata bahwa hukum Islam memberikan kontribusi dalam peraturan perundang-undangan di negara Indonesia ini, seperti Undang-undang Perkawinan, Undang-undang Peradilan Agama, Kompilasi Hukum Islam, Undang-undang Pengelolaan Zakat, Undang-undang Penyelenggaraan Haji, Undang-undang Perwakafan, Undang-undang Perbankan Syari'ah dan sebagainya.

Kontribusi hukum Islam melalui yurisprudensi. Yurisprudensi merupakan instrumen lain dalam pembentukan hukum. Peraturan perundang-undangan Mahkamah Agung mewajibkan hakim untuk menemukan hukum yang tepat dalam menetapkan suatu putusan. Hal ini diperlukan agar hakim dalam memberikan keadilan sebagaimana mestinya. Dalam hal demikian, hakim dapat menggunakan asas atau kaidah hukum Islam yang dipandang dapat menemukan rasa keadilan bagi pencari keadilan.

Kontribusi hukum Islam melalui pengembangan hukum kebiasaan, hal ini merupakan tantangan tersendiri bagi umat Islam untuk menjadikan setiap hukum Islam sebagai *"way of life"* nya. Apabila hukum Islam telah menjadi suatu kenyataan yang berakar dari kehidupan masyarakat, maka hukum Islam tersebut akan berlaku dan dijalankan tanpa harus menunggu pengukuhan oleh perundang-undangan.

Dari analisis posisi kasus tersebut di atas, bahwa hukum Islam (dalam hal ini hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam) melalui putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama dapat disumbangkan terhadap hukum kewarisan nasional yang berlaku secara nasional pula yang pada saat ini belum dimiliki baik secara unifikasi dan secara kodifikasi. Hal yang demikian digunakan "teori transformasi" dan "teori penemuan hukum" sebagai pisau analisis bahwa putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama dapat dijadikan sebagai kaidah hukum yang dapat disumbangkan

terhadap hukum nasional yang berlaku secara nasional pula tidak membedakan asal agama masing-masing masyarakat Indonesia.

BAB VI

PENUTUP

Berdasarkan analisis kualitatif dengan menggunakan pendekatan yuridis normatif, serta paradigma studi kontruktivisme dengan memperhatikan kerangka teori terhadap konsep-konsep tentang transformasi hukum Islam ke dalam hukum nasional, konsep tentang ijtihad hakim Peradilan Agama, konsep tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI), serta konsep tentang kontribusi hukum kewarisan Islam terhadap hukum nasional yang didukung oleh pengumpulan data bahan hukum dan wawancara, maka dapat disimpulkan sebagai berikut.

6.1 Simpulan Hasil Penelitian

6.1.1. Hukum Islam dapat ditransformasikan ke dalam hukum nasional melalui beberapa pintu salah satunya adalah berupa putusan (yurisprudensi) Mahkamah Agung bidang lingkungan Peradilan Agama yang digali dari ajaran atau hukum Islam atau penerapan ajaran atau hukum Islam, yang menjelma dalam bentuk penemuan asas atau prinsip hukum yang di dalamnya termuat pesan tata nilai religius yang menjadi watak dan karakter serta merupakan salah satu cara berpikir yang magis religius, di samping sebagai media transformas*i* kaidah-kaidah hukum yang bersumber dari ajaran dan hukum Islam menjadi bagian hukum nasional serta dapat mentranformasikan, melahirkan

atau mengadaptasi ajaran (doktrin) hukum menurut ajaran Islam menjadi ajaran (doktrin) dalam sistem hukum nasional sehingga tidak akan ada lagi dualisme antara hukum Islam dan hukum nasianal karena tercermin secara utuh dalam putusan (yurisprudensi).

Dengan demikian sangat urgen peran putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama berkaitan dengan pembinaan hukum nasional, orang dapat menemukan wujud kaidah hukum yang kongkrit karena tuntutan perubahan keadaan maupun perubahan rasa keadilan disamping berperan pula dalam mengisi kekosongan hukum, khususnya kekosongan peraturan perundang-undangan dengan menciptakan kaidah hukum baru dalam suatu situasi yang konkrit. Peraturan perundang-undangan tidak lain merupakan perwujudan kehendak politik, karena ia pada hakekatnya adalah produk politik dalam bentuk perundang-undangan. Di sini akan tampak peran lain dari putusan (yurisprudensi) yang mengubah wajah politik suatu peraturan perundang-undangan menjadi wajah hukum secara lebih murni. Hakim tidak lagi terutama berpedoman pada keinginan pembentuk peraturan perundang-undangan, hakim terutama berpedoman pada tujuan hukum (*maqashid al-syari'ah*) yang terkandung dalam peraturan perundang-undangan tersebut.

Politik suatu pemerintah sangat berpengaruh terhadap semua kebijakan yang ada, termasuk kebijakan perundang-undangan yang berlaku. Untuk mengakomodir berbagai kepentingan kemajemukan

hukum, pemerintah mempunyai *political will* mengakomodir hukum Islam ke dalam perundang-undangan nasional, bahkan hukum Islam menjadi bahan baku pembentukan hukum nasional. Disamping perundang-undangan yang merupakan produk hukum *in abstracto* memerlukan komponen lain yang akan menjadikan hukum itu dalam bentuk *in concreto* yang memerlukan instrumen stuktural untuk mengejahwantahkan di tengah masyarakat, maka diperlukan institusi peradilan seperti Mahkamah Agung yang banyak mempengaruhi proses berkembangnya hukum Islam di Indonesia.

Dalam transformasi hukum Islam ke dalam hukum nasional, dengan memperhatikan arah dan kebijakan hukum mendatang antara lain mengamanatkan agar diakui dan dihormati hukum agama (termasuk hukum Islam) dalam menata hukum nasional yang menyeluruh dan terpadu dalam diupayakan agar segala peraturan perundang-undangan tidak bertentangan dengan moral agama. Masyarakat muslim Indonesia menerapkan dan mentransformasikan syari'ah dalam penerapan fikih dalam sistem sosial khas Indonedia, yang berbeda dengan sistem sosial yang melatarbelakangi fikih konvensional berbagai mazhab yang dipelajari dan di kaji di Indonesia.

Mentransformasikan fikih atau hukum Islam sebagai *ius constituendum* dalam hukum nasional sebagai *ius constitutum* menggunakan pendekatan teori prtingkatan hukum, bahwa berlakunya suatu hukum harus dikembalikan kepada hukum yang lebih tinggi

kedudukannya, sebagai berikut: adanya cita hukum (*rechtsidee*) merupakan norma yang abstrak, ada norma antara (*law in books*) yang dipakai sebagai perantara untuk mencapai cita-cita, dan ada norma konkrit (*concrete norm*) yang dinikmati orang sebagai hasil penerapan norma antara atau penegakannya di pengadilan. Apabila teori pertingkatan hukum ini diterapkan pada permasalahan hukum Islam sebagai sumber hukum nasional, maka gambaran pertingkatan hukumnya sebagai berikut: norma abstrak, yaitu nilai-nilai dalam kitab suci al-Qur'an (universal dan abadi dan tidak boleh diubah manusia), norma antara, yaitu asas-asas serta pengaturan, hasil kreasi manusia sesuai situasi, kondisi, budaya dan kurun waktu, muncul sebagai peraturan negara, pendapat ulama', pakar/ilmuwan, kebiasaan, dan norma konkrit, yaitu semua hasil penerapan dan pelayanan hukum kreasi manusia, serta hasil penerapan hukum di pengadilan (hukum positif, *living law*). Secara ringkas dapat dirumuskan sebagai berikut: nilai-nilai Islam, asas-asas dan penuangannya dalam hukum nasional, dan terapannya dalam hukum positif serta penegakannya.

Di era globalisasi ini, transformasi hukum Islam pada Abad XX di negara-negara yang mayoritas penduduknya beragama Islam yang baru terlepas atau merdeka dari penjajahan Barat, mereka berusaha mentransformasikan hukum Islam ke dalam hukum nasionalnya, serta untuk menjawab tantangan perubahan sosial yang ada, maka hukum

Islam dapat ditransformasikan dengan menggunakan teknik-teknik: *takhsish al-qadla, takhayyur, reinterpretasi,* dan *siyasah syar'iyyah.*

6.1.2. Wujud dan pertimbangan hukum dalam putusan ijtihad hakim Peradilan Agama Tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) adalah salah satu putusan yang dinyatakan bahwa (1) Pewaris hanya meninggalkan satu anak perempuan (ahli waris), yang *menghijab* saudara kandung laki-laki pewaris, dan ia (anak perempuan pewaris tersebut) mendapatkan seluruh bagian harta warisan dari pewaris, dan putusan lain yang dinyatakan bahwa (2) anak kandung (perempuan) yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan ahli waris, namun ia berhak mendapat bagian dari harta peninggalan pewaris berdasarkan *wasiat wajibah* yang bagiannya sama dengan bagian anak perempuan (yang lain) dari almarhum ayah dan ibunya.

Putusan dalam posisi kasus 1 di atas, seolah-olah tidak sesuai dengan *QS. An-Nisa' (4)*: 11 yang dinyataka: " .... jika anak perempuan itu seorang saja, maka ia memperoleh separoh harta ... (*wa in kanat wahidatan falaha an nisfu*)". Demikian dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagai hukum materiil Peradilan Agama dalam Pasal 176 dinyatakan: " anak perempuan bila hanya seorang ia mendapat separoh bagian ... ". Putusan dalam kasus posisi 2 di atas seolah-olah tidak sesuai dengan Sunnah Nabi yang *muttafaq 'alaih*, diriwayatkan Imam Bukhari dan Muslim yang menyatakan: "orang Islam tidak

mewarisi harta orang kafir, dan orang kafir tidak mewarisi harta orang Islam *(muttafaq 'alaih)"*. Dasar hukum dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) bahwa perbedaan agama merupakan salah satu dari penghalang seseorang untuk menjadi ahli waris, dinyatakan dalam Pasal 171 huruf (c) "ahli waris adalah orang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah, atau hubungan perkawinan dengan Pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang oleh hukum untuk menjadi ahli waris". Dengan demikian dalam hubungan waris Islam, perbedaan agama merupakan salah satu dari penghalang seorang untuk menjadi ahli waris.

Putusan Peradilan Agama di atas merupakan wujud pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang disebut *"tahrij al-ahkam 'ala nashil al-qanun"*. Adapun pertimbangan hukum dalam ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI), bahwa dalam kasus posisi 1 di atas menurut Mahkamah Agung adalah selama masih ada anak laki-laki mapun perempuan maka hak waris dari orang-orang yang mempunyai hubungan darah dengan Pewaris, kecuali orang tua, suami, istri menjadi tertutup (*terhijab*). Menurut Mahkamah Agung, pendapat ini sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir di kalangan sahabat Nabi dalam menafsirkan kata-kata *"walad"* pada ayat 176 *Surat an-Nisa'* yang berpendapat pengertiannya mencakup anak laki-laki maupun anak perempuan.

Penafsiran seperti ini bila diterapkan pada kasus posisi ini, maka kesimpulan yang dapat diambil adalah bahwa keberadaan anak perempuan Pewaris menjadi penghalang (*memahjub*) saudara kandung Pewaris untuk untuk mendapatkan harta warisan.

Adapun pertimbangan hukum dalam ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam kasus posisi 2 di atas adalah dalam kehidupan yang serta majemuk tidak tertutup kemungkinan dalam satu keluarga terdiri dari anggota keluarga yang berbeda agama. Untuk memenuhi rasa keadilan sebagai salah satu prinsip hukum kewarisan Islam maka non muslim mendapatkan bagian dengan harta peninggalan pewaris muslim dengan kontruksi hukum *wasiyat wajibah*. Dalam *QS. Al-Mumtahanah* (60): ayat 8, al-Qurtubi menafsirkan kata *"watuqsitu ilaihim"* (dan berlaku adil terhadap mereka), mengemukakan bahwa ayat tersebut juga dapat ditafsirkan sebagai memberi belanja (infaq) terhadap orang non muslim yang wajib diberi nafkah oleh keluarga yang muslim. Menurutnya perbedaan agama tidak menjadi penghalang hak mereka untuk mendapatkan nafkah tersebut. Pengembangan hukum kewarisan Islam tidak dapat dilepaskan dari faktor lingkungan di mana hukum Islam itu beroperasional dengan melihat faktor sosial dan budaya serta alasan (*'illat*) yang mempengaruhi terbentuknya hukum kewarisan itu. Dengan memperhatikan keadaan sosial masyarakat dan dalam hal yang

kemaslahatan dan sekaligus meniadakan kesulitan bagi kehidupan manusia dan nilai-nilai kemanusiaannya.

6.1.3. Metode ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) pada kasus posisi di atas adalah dengan *maqashid al-syari'ah* dengan metode *istihsan,* yang berorientasi kepada usaha mewujudkan *maqashid al-syari'ah* serta mempertimbangkan dampak positif dan negatif dari suatu penerapan hukum (*al-nazar fi al-ma'alat*), di samping metode *maslahat* dengan *urgensi* pertimbangan *maqashid al-syari'ah* dengan corak penalaran *istislahi* dengan *metode maslahat* dalam kasus di atas, bahwa anak perempuan Pewaris *memahjub* saudara laki-laki kandung Pewaris, karena faktanya bahwa kehidupan sekarang menuju keluarga inti yang hanya terdiri dari suami, istri, anak-anak, ayah serta ibu. Tidak saling melindungi dan menanggung beban ekonomi antara paman dengan keponakan sehingga wajar apabila ada anak (baik laki-laki maupun perempuan) maka ia mendapat harta warisan Pewaris seluruhnya. Demikian anak yang non muslim mendapat bagian warisan dari pewaris yang muslim dengan alasan *"watuqsitu ilaihim"* (dan berlaku adil kepada mereka) berati memberikan (*qistan*) dari kekayaan kepada mereka yang non muslim dalam rangka menjaga hubungan baik dan inilah yang disebut *maslahat.*

Disamping berkaitan dengan tugas hakim adalah memutus perkara yang diajukan kepadanya, maka ia mengaplikasikanatau menerapkan

hukum pada kasus-kasus tertentu dengan bentu *ijtihad istinbati*, yaitu upaya meneliti *'illah* yang terkandung oleh nash dan *ijtihad tatbiqi,* yaitu upaya untuk meneliti suatu masalah di mana hukum hendak diidentifikasikan dan diterapkan sesuai dengan ide yang terkandung oleh *nash* dengan memfokuskan upaya mengkaitkan kasus-kasus yang muncul dengan kandungan makna yang ada dalam *nash* (*tahqiq al-manat*). Bentuk putusan dalam ijtihad yang demikian yaitu, di antaranya berupa terobosan bahwa anak perempuan kandung Pewaris dapat *memahjub* saudara laki-laki kandung Pewaris, serta putusan lain berupa terobosan memberikan bagian warisan kepada anak non muslim yang selama ini belum pernah dilakukan atau dikenal dalam praktek di lingkungan Peradilan Agama, karena bertentangan dengan al-Qur'an, as-Sunnah maupun Kompilasi Hukum Islam (KHI)

Dalam dinamika atau perkembangan putusan itu, sesuai dengan kaidah hukum Islam yang asasi, yang merupakan sumber hukum Islam ke tiga yaitu *al-ra'yu* (pemikiran) via ijtihad yang dapat menjawab tantangan zaman dan dapat memenuhi harapan dengan tetap memelihara ruh Islam dimana hukum Islam itu pasti menciptakan *jalbu al-mashalih wa dar'u al-mafasid* (mendatangkan kebaikan dan menolak keburukan) dan ujung-ujungnya memberikan keadilan. Purtusan (yurisprudensi) itu merupakan pengembangan teks undang-undang (dalam hal ini Hukum Waris Buku II Kompilasi Hukum Islam) sebagai penemuan hukum (teori penemuan hukum) yang dapat

ditransformasikan kepada hukum nasional dalam bentuk perundang-undangan (teori transformasi hukum Islam dalam hukum nasional atau teori pembinaan hukum nasional) dan putusan tersebut berdimensi keadilan (teori keadilan).

6.1.4. Peran ijtihad hakim Peradilan Agama dalam hal pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) untuk mengantisipasi perkembangan kehidupan keluarga muslim di Indonesia adalah sangat urgen peran yang disumbangkan oleh Peradilan Agama melalui ijtihad hakim dan ia merupakan alat institusi pengadilan yang sangat strategis yang mempunyai tugas sebagai penegak hukum dan keadilan yang wajib menggali mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat serta mengakomodir perkembangan hukum keluarga Islam.

Pengadilan Agama merupakan institusi yang dinamis, menginterpretasikan teks-teks undang-undang (Kompilasi Hukum Islam) dalam konteks masyarakat serta perubahan-perubahannya. Dengan demikian Pengadilan Agama itu tidak hanya dilihat sebagai bangunan institusi hukum saja, tetapi dapat dilihat sebagai institusi sosial yang senantiasa berada dalam proses pertukaran dengan lingkungannya. Pengadilan Agama tidak hanya sebagai bangunan yuridis saja, melainkan terkait dengan sekian komponen bangunan sosiologis, yaitu sebagai institusi hukum yang berakar budaya dan

berakar sosial yang harus tanggap terhadap dinamika hukum masyarakatnya. Dengan demikian Pengadilan Agama merupakan institusi yang terbuka, yaitu sebagai institusi sosial yang harus tanggap dan mengakomodir perkembangan sosial dan hukumnya supaya putusannya bermanfaat pada masyarakat pencari keadilan. Hukum yang dipandang serba pasti pada akhirnya tidaklah demikian, karena mengalami berbagai macam interpretasi untuk menggali dan mencapai *maqashid al-syari'ah.*

6.1.5. Pemahaman hukum yang dapat diambil dari ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang dapat dijadikan kaidah hukum dalam kasus posisi huruf A adalah kata *"aulad"* mencakup anak laki-laki dan perempuan. Menurut pendapat ini, baik anak laki-laki maupun anak perempuan masing-masing mendinding (*memahjub*) saudara kandung Pewaris untuk mendapatkan harta warisan. Adapun kontribusinya terhadap hukum nasional adalah selama masih ada anak laki-laki atau perempuan, hak waris dari orang yang mempunyai hubungan darah dengan Pewaris kecuali orang tua, suami dan istri menjadi tertutup (*termahjub*) .

Pemahaman hukum yang dapat diambil dari ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi hukum Islam pada kasus posisi B bahwa kaidah hukum yang dapat diambil adalah perbedaan agama bukan merupakan salah

satu dari penghalang seseorang untuk mendapatkan bagian harta peninggalan dari pewaris (muslim). Untuk memenuhi rasa keadilan sebagai salah satu prinsip hukum kewarisan Islam maka non muslim berhak untuk mendapatkan bagian dari harta peninggalan Pewaris (muslim) dengan menggunakan konstruksi hukum wasiyat, yaitu *"wasiyat wajibah"*. Adapun kontribusinya terhadap hukum nasional adalah anak kandung (perempuan) yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan ahli waris, namun ia berhak mendapatkan bagian dari harta warisan kedua orang tuanya (Pewaris muslim) berdasarkan *wasiat wajibah,* yang bagiannya sama dengan bagian anak (perempuan) ahli waris almarhum ayah dan ibunya.

Adapun temuan 'teori baru' dari disertasi ini dengan mengangkat tema: "Transformasi Hukum Islam ke dalam Hukum Nasional" khususnya tentang "Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan Kontribusinya terhadap Hukum Nasional", yaitu: "Teori Hukum Kasus". Fungsi hakim adalah mendamaikan dan memutus perkara yang diajukan kepadanya. Hakim menghadapi 'hukum kasus' suatu kejadian masalah hukum yang disebut 'kasuistis'. Walaupun perkaranya sama, akan tetapi nuansa maupun yang melatarbelakangi kasus perkara itu dapat berbeda-beda disebabkan adanya waktu kejadian dan tempat kejadian yang berbeda pula. Hakim mencarikan hukum yang paling tepat dalam putusannya, dengan memperhatikan fakta dan peristiwa yang melatarbelakangi sengketa atau perkara tersebut.

dari penghalang seseorang untuk mendapatkan bagian harta peninggalan dari pewaris (muslim). Untuk memenuhi rasa keadilan sebagai salah satu prinsip hukum kewarisan Islam maka non muslim berhak untuk mendapatkan bagian dari harta peninggalan Pewaris (muslim) dengan menggunakan konstruksi hukum wasiyat, yaitu *"wasiyat wajibah"*. Adapun kontribusinya terhadap hukum nasional adalah anak kandung (perempuan) yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan ahli waris, namun ia berhak mendapatkan bagian dari harta warisan kedua orang tuanya (Pewaris muslim) berdasarkan *wasiat wajibah,* yang bagiannya sama dengan bagian anak (perempuan) ahli waris almarhum ayah dan ibunya.

Adapun temuan 'teori baru' dari disertasi ini dengan mengangkat tema: "Transformasi Hukum Islam ke dalam Hukum Nasional" khususnya tentang "Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan Kontribusinya terhadap Hukum Nasional", yaitu: "Teori Hukum Kasus". Fungsi hakim adalah mendamaikan dan memutus perkara yang diajukan kepadanya. Hakim menghadapi 'hukum kasus' suatu kejadian masalah hukum yang disebut 'kasuistis'. Walaupun perkaranya sama, akan tetapi nuansa maupun yang melatarbelakangi kasus perkara itu dapat berbeda-beda disebabkan adanya waktu kejadian dan tempat kejadian yang berbeda pula. Hakim mencarikan hukum yang paling tepat dalam putusannya, dengan memperhatikan fakta dan peristiwa yang melatarbelakangi sengketa atau perkara tersebut.

Dalam teori hukum kasus, hukum yang akan diputus atau yang akan ditetapkan oleh hakim 'masih dalam proses pembuatan', masih dicari bentuk putusan hukumnya.. Pencarian tersebut melalui fakta-fakta dan peristiwa-peristiwa, yang setelah terbukti pembuktiannya dengan alat-alat bukti yang sah barulah ditemukan dalam bentuk putusan atau penetapan hakim. Memang yang dihadapi hakim adalah putusan mengenai kasus tertentu dan putusan yang dijatuhkan merupakan kasus yang berhubungan dengan perkembangan hukum, sehingga pada hakekatnya kasus yang diputuskan berkaitan erat dengan perubahan sosial, perbedaan tempat dan waktu.

6.2 Saran-saran

1. Kompilasi Hukum Islam (KHI) khususnya bidang hukum kewarisan telah selesai diundangkan (*an-nushush mutanahiyah*), tetapi kehidupan keluarga muslim dalam bidang hukum keluararga pada umumnya dan khususnya bidang hukum kewarisan tidak pernah selesai (*al waqa'iq ghairu mutanahiyah*), berkembang dan dinamis, maka KHI perlu dikembangkan melalui putusan (*tahrij al-ahkam 'ala nashil qanun)*, via ijtihad hakim Peradilan Agama dalam upaya menjawab perkembangan zaman.
2. Hukum secara empirik bukan merupakan hal yang statis, tetapi selalu mengikuti perubahan masyarakat, oleh sebab itu hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, memahami dan mengikuti nilai-nilai hukum yang hidup dan berkembang dalam masyarakat.

3. Perlu mengoptimalkan putusan (yurisprudensi) dari peradilan sebagai wujud pengembangan Kompilasi Hukum Islam yang ditransformasikan menjadi hukum nasional, sehingga dapat melahirkan ajaran hukum menurut Islam menjadi sistem hukum nasional yang dapat dinikmati seluruh masyarakat tanpa membedakan agama.
4. Karena yang dihadapi hakim adalah kasus, maka ia harus memutus sesuai kasus yang dihadapi dengan melakukan interpretasi untuk menerapkan ide-ide hukum (*maqashid al-syari'ah*) kepada permasalahan-permasalahan hukum yang kongkrit yang berkaitan dengan *'illat* hukum yang melatarbelakanginya.
5. Perlu meningkatkan status Kompilasi Hukum Islam (KHI) menjadi undang-undang tentang Keluarga Islam Indonesia dengan mengakomodir putusan (yurisprudensi) sebagai masukannya.

DAFTAR PUSTAKA

A. Djazuli, Beberapa Aspek Pengembangan Hukum Islam di Indonesia, dalam Juhaya S. Praja, ***Hukum Islam di Indonesia, Pemikiran dan Praktek,*** (Bandung:PT. Remaja Rosda Karya, 1991)

A. Qodri Azizy, "Hukum Islam sebagai Sumber Hukum Positif dalam Reformasi Hukum Nasional", ***Mimbar Hukum No. 54 Thn. XII 2001***

Abd. Al-Wahhab Khallaf, ***Ilm Ushul al-Fiqh,*** (Kairo: Dar al-Kuwaitiyyah, 1968).

Abd. Basyir, "Islam, Peradilan dan Hukum Materiilnya", dalam ***Mimbar Hukum No. 64 Thn. XV 2004***

Abd. Salam, "Hukum Islam di Indonesia: Pelembagaan, Pembaharuan dan Prospek Transformasinya", ***Mimbar Hukum No. 64 Thn XV 2004***

Abdul Chalim Mohammad, " Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam sebagai Pranata Hukum Nasional", dalam ***Pesantren No. 2 / Vol. VII / 1990***

Abdul Gani Abdullah, "Peradilan Agama Pasca Undang-undang No. 7 tahun 1989 dan Perkembangan Studi Hukum Islam di Indonesia", dalam ***Mimbar Hukum No. 17 Thn. V 2002***

----------, " Lahirnya UUPA: Sebuah Acuan Tradisi Pembentukan Hukum", dalam ***Pesantren No. 2/Vol. VII/1990***

----------, " Pemasyarakatan Inspres No. 1 Tahun 1991 Tentang Kompilasi Hukum Islam", dalam ***Mimbar Hukum No. 5 Thun. III 1999.***

----------, "Kehadiran Kompilasi Hukum Islam dalam Hukum Indonesia: Sebuah Pendekatan Teoritis", dalam ***Mimbar Hukum No. 7 thn. III 1992***

----------, "Peradilan Agama Pasca Undang-undang No. 7 Tahun 1989 dan Perkembangan Studi Hukum Iskam di Indonesia", dalam ***Mimbar Hukum No. 17 Thn. V 1994***

Abdul Ghafur Anshori, ***Peradilan Agama di Indonesia Pasca Undag-undang No. 3 Tahun 2006 (sejarah, Kedudukan dan Wewenangnya)***, Cet. 1 (Yogyakarta: UII Press, 2007)

Abdul Wahab Afif, ***Fikih (Hukum Islam) antara Pemikiran Teoritis dengan Praktis***, (Bandung: Fakultas Syari'ah IAIN Sunan Gunung Jati, 1991)

Abdul Wahab Khalaf, ***Kaidah-kaidah Hukum Islam (Ilmu Ushulul Figh)***, Penterjamah Moh. Tolhah Mansoer, Cet. 2, (Jakarta: CV. Rajawali, 1991

----------, ***As-Syiyasah al-Syari'ah,*** (Yogyakarta:Tiara Wacana, 1994).

Abdurrahman al-Jaziri, ***Al-Fiqh al Madzhab al-Araba'ah,*** (Beirut: Dar al-Fikr, 1996).

Abdurrahman Wahid, "***Muslim di Tengah Pergumulan***", (Jakarta : LEPPENAS, 1981)

----------, "Pengembangan Fiqh yang Kontekstual", ***Pesantren No. 2/Vol. II/1985***

----------, "Menjadikkan Hukum Islam sebagai Penunjang Pembangunan ", dalam Eddi Rudiana Arief et. el. (Peny), ***Hukum Islam di Indonesia Pemikiran dan Praktek,*** (Bandung: Rosdakarya, 1991)

Abdurrahman, ***Kompilasi Hukum Islam di Indonesia,*** Cet. 2 (Jakarta: CV. Akademika Pressindo, 1995)

Abu Abdillah Muhammad al-Qurtubi, ***Jami' li Ahkam al-Qur'an,*** Tp.1937.

Abu Bakr Ahmad ibn Muhammad al-Khallal, ***Ahkam Ahl al-Milal,*** (Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, 1994).

Achmad Ali, "Eksistensi Hakim dalam Penegakan Hukum di Indonesia", dalam ***Mimbar Hukum No. 52 Thn. XII 2001***

Achmad Roestandi, "Beberapa Catatan Signifikan di Sekitar Pelaksanaan Undang-undang Peradilan Agama", dalam ***Mimbar Hukum No. 18 Thn. 1995***

Ahmad Azhar Basyir, "***Reaktualisasi, Pendekatan Sosiologis tidak Selalu Relevan, dalam Polemik Reaktualisasi Ajaran Islam,*** (Jakarta: Pustaka Panjimas, 1988)

----------, ***Refleksi atas Persoalan Keislaman, Seputar Filsafat, Hukum, Politik dan Ekonomi,*** Cet.1, (Bandung: Mizan, 1991)

----------, ***Hukum Waris Islam,*** Cet. 14, (Yogyakarta: UII Press, 2001)

Ahmad Fathoni, "Peranan Hukum Islam dalam Pembentukan Hukum Nasional: Tinjauan Menurut Sistem Politik Hukum", ***Mimbar Hukum No. 64 Thn. XV 2006***

Ahmad Mujahidin, ***Peradilan Satu Atap di Indonesia,*** Cet. 1 (Bandung: PT. Refika Aditama, 2007)

Ahmad Mushthafa al-Maraghi, ***Tafsir al-Maraghi, Juz 1***, (Beirut: Dar al-Fikr, t.t).

Ahmad Rafiq, ***Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia***, (Yogyakarta: Gema Media, Cet. 1, 2001)

----------, ***Fiqh Mawaris,*** Cet. Keempat (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2002)

Ahmad Sukadja, "Keberadaan Hukum Agama dalam Tata Hukum Indonesia, dalam ***Mimbar Hukum No. 23 Thn. VI 1995***

----------, ***Piagam Madinah dan Undang-undang Dasar 1945, Kajian Perbandingan tentang Dasar Hidup Bersama dalam Masyarakat yang Majemuk***, Cet. 1, (Jakarta: UI Press, 1995)

Ahmad Tholabi Kharlie, "Al-Syaukani: Profil Pembaru Pemikiran Hukum Islam", dalam ***Mimbar Hukum No. 53 Thn. XII 2001***

Akhmad Minhaji, yang dikutip oleh Yusdani, penerjamah, ***Metodologi Hukum Islam Kontemporer***, oleh Taha Jabir al-Alwani, Cet. 1 (Yogyakarta: UII Press, 2001)

----------, ***Hukum Islam: Antara Sakralitas dan Profanitas (Perspektif Sejarah Sosial)***, (Yogyakarta: Universitas Islam Negeri Yogyakarta, 2004)

Al-Bukhari, ***Shahih Bukhari***, (Mesir: Dar al-Fikr, t.t).

Ali Ahmad an-Nadawi, ***Al-Qawaid al-Fiqhiyah***, (Damaskus: Dar al-Qalam, 1991).

Ali As-Sabuni, ***Tafsir Ayat Ahkam***, (Surakarta: Bina Ilmu, 1985).

----------, ***Al-Muwaris fi Syari'ah al-Islamiyah***, (Bandung: Trigenda Karya, 1995).

Ali As-Sayis, ***Tafsir Ayat Ahkam, II,*** (Mesir: Madba'ah Muhammad Ali Syabih wa Auladuh, 1953.

Ali Yafie, "Ke Arah Kontekstualisasi Fiqh", dalam ***Mimbar Hukum No. 13 Thn. V 1994***

Al-Mawardi, ***Tafsir Al-Mawardi (An-Nukat wa al-Uyun)***, (Beirut: Dar al-Kitab al-Ilmiyah, t.t.).

Al-Qur'an dan Terjemahannya, ***Departemen Agama R I,*** (Semarang: Toha Putra, 1998).

Amir Mu'allim dan Yusdani, ***Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam***, Cet. 2, (Yogyakarta: UII Press, 2001)

----------, ***Metode Ijtihad Hukum Islam di Indonesia: Upaya Mempertemukan Pesan-pesan Teks dengan Realitas Sosial***, (Pidato Pengukuhan dalam Jabatan Guru Besar dalam Ilmu Fikih, UII, 17 Juni 2006).

Amir Nuruddin, ***Ijtihad Umar Ibn Khaththab: Studi tentang Perubahan Hukum dalam Islam,*** (Jakarta: Rajawali Press, 1987).

Amir Syarifuddin, ***Pembaharuan Pemikiran dalam Hukum Islam***, (Padang: Angkasa Raya, Cet. 2, 1993)

Anwar Harjono, "al-Qur'an sebagai Sumber Hukum Nasional", ***Mimbar Hukum No. 21 Thn. VI 1995***

Asfari Jaya Bakti, ***Konsep Maqashid al-Syari'ah Menurut al-Syatibi dan Relevansinya dengan Ijtihad Hukum Dewasa ini***, Disertasi Program Pascasarjana IIN Syarif Hidayatullah, Jakarta, Tahun 1994

As-Suyuti, ***Al-Asbah wa an-Naza'ir***, (Semarang: Toha Putra, 1994).

----------, ***Al-Hawi li al-Fatawa,*** (Beirut: Dar al-Fikr, 1994).

As-Syirazi, ***Al-Muhazzab,*** (Surabaya: Syirkah Maktabah Ibn Nabhan, t.t)

At-Tabari, ***Jami' al-Bayan fi Ta'wil al-Qur'an,*** (Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyah, t.t)

Bagir Manan, " Peranan Peradilan Agama dalam Pembinaan Hukum Nasional ", di dalam Juhhaya S. Praja, ***Hukum Islam di Indonesia: Pemikiran dan Praktek***, Cet. 1, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1991)

Barda Nawawi Arief, ***Penggalian Hukum dalam Rangka Tujuan Pembangunan Nasional***, Seminar Nasional Hukum Islam dan Perubahan Sosial, Semarang, 16 – 18 Oktober 1990

Bustanul Arifin, ***Pelembagaan Hukum Islam di Indonesia: Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya***, Cet. 1 (Jakarta: Gema Insani Press, 1996)

Cipto Sembodo, " Reintroduksi Hukum Islam dalam Wacana Kebangsaan ", ***Mimbar Hukum No. 53 Thn. XII 2001***

Departemen Pendidikan dan Kebudayaan RI, ***Kamus Besar Bahasa Indonesia***, (Jakarta: Balai Purtaka, 1995).

Direktorat Badan Pembinaan Peradilan Agama, " Perkembangan Hukum Islam dan Peradilan Agama di Indonesia", dalam buku ***Kenang-kenangan Seabad Peradilan gama di Indonesia,*** Cet. 1, (Jakarta: CV. De Cahya, 1990)

Efrinaldi, "Reaktualisasi Hukum Islam, Suatu Kajian Metodologis dalam Pemikiran Fazlur Rahman", ***Mimbar Hukum No. 50 Thn. XII 2001***

Fatchurahman, ***Ilmu Waris,*** (Bandung: al-Ma'arif, 1981).

Fuad Abdul Baqi', ***Al-Lu'lu' wa al-Marjan,*** (Beirut: maktabah al-Ilmiyah, tt).

Gani Abdullah, "Permasalahan Hukum Kontemporer dan Hubungannya dengan Fiqh: Sebuah Analisis Segi-segi Koherensinya" dalam ***Mimbar Hukum No. 13 Thn. V 1994***

GBHN Tahun 1999, Bab IV huruf A. 2.

H.M. Rasjidi, ***Hukum Islam dan Pelaksanaannya dalam Sejarah,*** cet. 1 (Jakarta: Bulan Bintang, 1976

Habibah Daud Ali, " Perana Peradilan Agama dalam Menyelesaikan Perkara Kewarisan", dalam buku ***Kenang-kenangan Seabad Peradilan Agama di Indonesia,*** Cet. Pertama, (Jakarta: CV. Ade Cahya, 1985)

Haidar Bagir, ***Ijtihad dalam Sorotan,*** (Bandung: Mizan, 1988).

----------, ***Benturan Barat dengan Islam,*** (Bandung: Mizan, 1993).

Harun Nasution, ***Pembaharuan dalam Islam, Sejarah Pemikiran dan Gerakan,*** (Jakarta: Bulan Bintang, 1983).

----------, ***Refleksi Pembaruan-pembaruan Islam 70 Tahun Harun Nasution,*** (Jakarta: Lembaga Studi Agama dan Filsafat, 1989).

----------, (ketua) ***Ensiklopedi Islam Indonesia,*** (Jakarta: Djambatan, 1992).

----------, ***Islam Rasional,*** (Bandung: Mizan, 1995).

----------, ***Islam Rasional, Gerakan Pemikiran,*** (Bandung: Mizan, 1995).

Hazairin, ***Tujuh Serangkai tentang Hukum***, Cet. Ketiga, (Jakarta: Bina Aksara, 1981)

Huzaimah TY dan Hasanuddin, "Menjadikan Fikih sebagai Pemikiran Sosial yang Dinamis", di dalam Asrori S. Karni dan Abdul Wasik, ***Pandu Ulama Ayomi Umat, Kiprah social 70 Tahun Kiai Sahal,*** Cet. 1 (Majelis Ulama Indonesia, 2007)

Ibnu Hazm, ***Al-Muhalla bi al- As'ar,*** (Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyah, 1988).

Ibnu Katsir, ***Tafsir Ibnu Katsir***, Juz 1, (Beirut: Dar al-Fikr, t.t).

Ibnu Qoyyim Jauziyah, ***I'lam al-Muwaqqi'in an Rabb al-Allamin,*** (Beirut: Dar al-Jail, t.t).

Ibnu Qudamah, ***Al-Kafi fi Fiqh al-Imam Ahmad ibn Hambal***, (Beirut: al-Maktabah al-Islamy, 1988).

Ibrahim Hosein, "Aktualisasi Hukum Islam," dalam ***Mimbar Hukum No. 12 Thn. V 1994.***

----------, "Beberapa Catatan tentang Reaktualisasi Hukum Islam," dalam Munawir Sjazali, ***Kontekstualisasi Ajaran Islam,*** (Jakarta: Para Madina, 1995).

Ichtijanto S. A., "Kedudukan Anak Laki-laki dan Anak Perempuan dalam Hukum Kewarisan Islam di Masa Mendatang", dalam ***Mimbar Hukum No. 27 Thn. VII.***

Ichtijanto S. A., "Prospek Peradilan Agama sebagai Peradilan Negara dalam Sistem Politik Hukum di Indonesia", di dalam Amrullah Ahmad (ed), dalam buku ***Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum asional***, Cet. 1 (Jakarta: Gema Insani Prees, 1996)

Ismail Saleh, ***Wawasan Pembangunan Hukum Nasional***, Makalah dalam Dialog tentang Pembangunan Hukum Nasional, Memperingati 8 Windu Pondok Modern Gontor Indonesia, 17 Juni 1991

Ismail Suny, "UUPA dan Tata Hukum Nasional", dalam ***Mimbar Hukum No. 1 Thn. 1990***

----------, "Kompilasi Hukum Islam Ditinjau dari Sudut Pertumbuhan Teori Hukum Islam di Indonesia", dalam ***Mimbar Hukum No. 4 Thn. II 1991***

Jalaluddin Rahman, "Perumusan Ulang Hukum Waris Islam: Sebuah Pendekatan Pembaruan dalam Islam", ***Mimbar Hukum No. 63 Thn. XV 2004***

Jimly Asshiddiqie, "Hukum Islam di Antara Agenda Hukum Nasional", ***Mimbar Hukum No. 51 Thn. XII 2001***

Joseph Schacht, ***An Introduction to Islamic Law***, (London: The Clarendon Press, 1971)

Juhaya S Praja, ***Filsafat dan Metodologi hukum Islam dalm Pembinaan Sistem Hukum Nasional***, Disampaikan dalam Kuliah Umum Program Doktor (S-

3) Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia (UII) Yogyakarta, 20 September 2003

M. Amin Abdullah, ***Epistemologi Ilmu Agama Islam dalam Khasanah Perkembangan Epistemologi Ilmu Pengetahuan Modern***, Disampaikan Dalam Kuliah Umum Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum Uninersitas Islam Indonesia (UII) Yogyakarta, 21 September 2002

M. Atho' Muzhar, ***Fatwa-fatwa Majelis Ulama Indonesia,*** (Jakarta: INIS, 1993)

----------, ***Pendekatan Studi Islam dalam Teori dan Praktek***, Cet. 1, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1998)

M. Quraish Shihab, ***Wawasan al- Qur'an,*** (Bandung: Mizan, 1996).

M. Tahir Azhary, ***Bunga Rampai Hukum Islam (Kumpulan Tulisan)***, Cet. 1, (Jakarta: Ind – Hill – co, 1992).

M. Yahya Harahap, "Informasi Materi Kompilasi Hukum Islam", dalam ***Mimbar Hukum No. 5 Thn. III 1992***

----------, " Kedudukan Wanita dalam Hukum Kewarisan (Bagian Kedua)", dalam ***Mimbar Hukum No. 19 Thn. VI 1995***

M. Yusuf Musa, ***At-Tirkah wa al-Miras fi al-Islam***, (Kairo: Dar al-Ma'rifah, t.t).

Mahkamah Agung, ***Pedoman Teknis Administrasi dan Teknis Peradilan Agama***, Edisi 2007 (Mahkamah Agung RI, 2008)

Mahmutarom HR, ***Rekonstruksi Konsep Keadilan dalam Sistem Hukum Nasional dan Relevansinya dengan Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia, Proposal Penyusunan Disertasi***, (Semarang: Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, 2004)

Majelis Tarjih dan Pengembangan Pemikiran PP Muhammadiyah, ***Keputusan Muktamar Tarjih Muhammadiyah***, PP. Tanfiz, XXII.

----------, ***Tanya Jawab Agama, Suara Muhammadiyah***, (Yogyakarta: PP. Majelis Tarjih, 1997).

----------, ***Tafsir Tematik al-Qur'an,*** (Yogyakarta: Pustaka SM, 2000).

Majelis Ulama Indonesia, ***Himpunan Keputusan dan Fatwa Majelis Ulama Indonesia***, (Jakarta: Sekretariat MUI, 1986).

Maksun, " Konstitusionalisasi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional ", ***Mimbar Hukum No. 51 Thn. XII 2001***

Matardi, "Kompilasi Hukum Islam sebagai Hukum Terapan di Pengadilan Agama", dalam ***Mimbar Hukum No. 24 Thn. VII 1996***

Mimbar Hukum No. 21 Thn. VI 1995

Moh. Hasan Wargakusumah, ***Peningkatan Yurisprudensi sebagai Sumber Hukum,*** Makalah dalam Seminar Pengkajian Peranan Hukum Kebiasaan sebagai Sumber Hukum dalam BPHN, Tahun 1991

Moh. Jawad Mughniyah, ***Fiqh Lima Mazhab***, (Jakarta: Basrie Press, 1994).

Moh. Mahfud MD., "Peluang Konstitusional bagi Peradilan Agama", dalam Moh. Mahfud dkk., ***Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam dalam Tata hukum Indonesia***, Cet. 1 (Yogyakarta: UII Press, 1993)

Mohammad Daud Ali dan Hj. Habibah Daud, ***Lembaga-lembaga Islam di Indonesia***, Cet. 1, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 1995).

----------, ***Permasalahan dalam Penelitian Hukum (Suatu Penjelajahan Permulaan)***, Makalah Disampaikan pada Latihan Penelitian Agama Angkatan X, Nopember 1985

----------, "Hukum Islam, UUPA dan Masalahnya", dalam ***Mimbar Hukum No. 1 1990***

----------, " Hukum Islam: Peradilan Agama dan Masalahnya ", di dalam Juhaya S. Praja (ed), ***Hukum Islam di Indonesia: Pemikiran dan Praktek***, Cet. 1, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1991)

----------, "Asas-asas Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam", dalam ***Mimbar Hukum No. 9 Thn. IV 1993***

----------, Hukum Islam: ***Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum di Indonesia***, Cet. 5, (Jakarta: PT. Radja Grafindo Persada, 1993)

----------, ***Hukum Keluarga dalam Masyarakat Kontemporer***, Makalah untuk Seminar Nasional: Pengadilan Agama sebagai Peradilan Keluarga dalam Masyarakat Modern, di jakarta, Kerjasama Fakultas ukum Universitas Indonesia dengan Pusat Ikatan Hakim Peradilan Agama. Tahun 1993

----------, ***Perkembangan Hukum Islam di Indonesia (Selayang Pandang)***, Makalah untuk Pertemuan Tokoh/Pemuka Agama se DKI Jakarta, 21 Agustus 1993

----------, "Pengembangan Hukum Islam dan Yurisprudensi Peradilan Agama ", ***Mimbar Hukum No. 12 Thn V 1994***

----------, " Pengembangan Hukum Materiil Peradilan Agama ", ***Mimbar Hukum No. 17 Thn. V 1994***

----------, "Hukum Islam dalam Negara Republik Indonesia", ***Mimbar Hukum No. 29 Thn. VII 1996***

----------, ***Agama Islam,*** Cet. Keenam (Jakarta: Koordinatorat MKDU Agama Universitas Indonesia)

Muhammad Abduh, Thahir al-Thanawi (ed), ***Al-Islam Din al-'Ilm wal-Madaniah,*** (Kairo: al-Tarit bil-Islam, 1964).

Muhammad Bahrul Ilmie, " Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam Kontekasi Politik Hukum Nasional", dalam ***Mimbar Hukum No. 24 Thn. VII, 1996***

Muhammad Muslehuddin, ***Filsafat Hukum Islam,*** (Yogyakarta: Tiara Wacana, 1991).

Muhammad Rasyid Rida, ***Tafsir al-Qur'an al-Karim asy-Syahir bi Tafsir al-Manar,*** (Beirut: Dar al-Fikr, t.t).

Muhammad Tahir Azhari, ***Negara Hukum,*** Cet. 1 (Jakarta: Bulan Bintang, 1992)

Muhammad Tahir ibn Asyur, ***At-tahrir wa at- Tanwir,*** (Tunis: Dar at-Tunisiyah, t.t).

Muhsin, ***Masa Depan Hukum Islam di Indonesia,*** (Jakarta: Penerbit IBLAM, Cet. 1, 2004)

Mukhtar Zamzami, " Pembaharuan Hukum Keluarga dalam Perspektif Politik Hukum Islam di Indonesia", dalam ***Mimbar Hukum dan Peradilan No. 68 Pebruari 2009***

Munawir Sjadali, "Makna Undang-undang No. 7 tahun 1989 dan Kompilasi Hukum Islam Bagi Pembangunan Hukum Islam di Indonesia", dalam ***Mimbar Hukum No. 17 Thn. V 1994***

----------, ***Kontekstualisasi Ajaran Islam,*** (Jakarta: Paramadina, 1995).

Noul J. Coulson, ***A History of Islamic Law,*** Edinburgh: Edinburgh University Press, 1964, hal. 181-217.

Nurcholish Madjid, ***Islam Agama Kemanusiaan,*** (Jakarta: Paramadina, 1995).

----------, ***Islam Doktrin dan Peradapan,*** (Jakarta: Paramadina, 1995).

----------, ***Islam Kerakyatan dan Keindonesiaan,*** (Bandung: Mizan, 1995).

Padmo Wahjono, "Budaya Hukum Islam dalam Perspektif Pembentukan Hukum di Masa datang", ***Mimbar Hukum No. 3 Thn II 1991***

Putusan Pengadilan Agama Jakarta Pusat: No. 377/Pdt.G/1993/PA-JK, tanggal 4 Nopember 1993 M, bertepatan dengan tanggal 19 jumadil Awal 1414 H. Jo. ***Putusan Pengadilan Tinggi Agama Jakarta:*** No. 14/Pdt. G/1994/PTA-JK, tanggal 25 Oktober 1994 M, bertepatan dengan tanggal 20 Jumadil Awal 1415 H. Jo. ***Putusan Mahkamah Agung RI:*** No. 368.K/AG/1995, tanggal 16 Juni 1998.

Putusan Pengadilan Agama Mataran: No. 85/Pdt. G/92/V/PA. MTR, tertanggal 5 Nopember 1992 M, bertepatan tanggal 10 Jumadil Awal 1413 H, Jo. ***Putusan Pengadilan Tinggi Agama Mataran:*** No. 19/Pdt. G/1993/PTA. MTR, tanggal 15 September 1993 M, bertepatan dengan tanggal 28 Rabiul Awal 1414 H, Jo. ***Putusan Mahkamah Agung RI***: No. 86 K/AG/194, tanggal 28 April 1995.

Rachmad Budiono, ***Pembaharuan Hukum Kewarisan di Indonesia***, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999).

Rifyal Ka'bah, "Kodifikasi Hukum Islam Melalui Perundang-undangan Negara di Indonesia", dalam ***Suara Uldilag Vol. II No. 5 September 2004***

Roihan A. Rasyid, " Hukum Kasus dan Hukum dalam Fungsi Mengatur (Terapannya di Pengadilan Agama", dalam ***Mimbar Hukum No. 19 Thn. VI 1995***

Ronny Hanityo Soemitro, ***Metodologi Penelitian Hukum***, Cet. 1 (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982)

Said Busthami Muhammad, ***Mafhum Tajdid al-Din,*** (Kuwayt: Dar al-Da'wah, 1984).

Satjipto Rahardjo, "Pengadilan Agama sebagai Pengadilan Keluarga", dalam ***Mimbar Hukum No. 10 thn. IV 1993***

Satria Efendi M. Zein, ***Pengkajian dan Pengembangan Metodologi Hukum Fikih Islam***, Makalah dalam Seminar Nasional Hukum Islam dan Perubahan Sosial, Semarang, 16 – 18 Oktober 1990

----------, Memahami al-Qur'an sebagai Sumber Hukum, ***Pesantren No. 1/Vol. VIII/1991***

----------, "Ijtihad dan Hakim Peradilan Agama", ***Mimbar Hukum No. 10 Thn. IV 1993***

----------, "Ijtihad dan Hakim Peradilan Agama", ***Mimbar Hukum No. 10 Thn. IV 1993***

----------, "Pendidikan Syari'ah di IAIN dan Pembinaan Sikap Independen dalam hukum Islam", dalm ***Mimbar Hukum No. 11 Thn. IV 1993***

----------, ***Aliran-aliran Pemikiran Hukum Islam,*** Bahan Kuliah, (Jakarta: Pascasarjana UI, 1994)

----------, "Analisis Fiqh", dalam ***Mimbar Hukum No. 30 Thn. VIII 1997***

Sayid Sabiq, ***Fiqh Sunnah,*** (Bandung: al-Ma'arif, 1987).

Sayuti Thalib, ***Asas-asas Hukum Nasional yang Sejajar dengan Asas-asas Hukum Islam,*** Makalah dalam Seminar Asas-asas Hukum Nasional oleh BPHN, Departemen Kehakiman di Jakarta, 18 – 20 Januari 1989

Sjechul Hadi Permono, " osialisasi Inspres No. 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam, dalam ***Mimbar Hukum No. 5 Thn. III 1992***

Soetandyo Wignyosoebroto, ***Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya,*** (Jakarta: Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat, 2002)

Solah Abdul Qadir al-Bakri, ***Islam Segenap Umat Manusia, Tinjauan Mengenai Beberapa Segi dalam Hukum Islam,*** Terjemahan oleh Hasanuddin, Cet. 1, (Jakarta: Litera Antar Nusa, 1989)

Sri Wahyuni, "Politik Hukum Islam di Indonesia (Studi terhadap Legislasi Hukum Islam (KHI)", dalam ***Mimbar Hukum No. 59 Thn. XIV 2005***

Subhi Mahmassani, ***Falsafah at-Tasri' fi al-Islam,*** (Beirut: Dar al-Ilm li Malayin, 1961).

----------, ***Arkan Huquq al-Insan,*** (Beirut: Dar al-Ilm li Malayin, 1979).

Sudikno Mertokusumo, ***Hukum Acara Perdata Indonesia,*** (Yogyakarta: Liberty, 1985).

Sudirman Tebba, (ed), ***Perkembangan Mutakhir Hukum Islam di Asia tenggara,*** (Bandung: Mizan, 1993).

Sukris Sarmadi, ***Transsedensi Keadilan Hukum Waris Islam Transformmatif,*** (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1997).

Sulaiman Rasyid, ***Fiqh Islam,*** (Jakrta: at-Tahiriyah, t.t).

Suparman Usman dan Yusuf Somawinata, ***Fiqh Mawaris, Hukum Kewarisan Islam,*** Cet. Pertama, (Jakarta, Gaya Media: 1977)

Susiknan Azhari, "Pemikiran Riffat Hassan (Studi tentang Isu Kesetaraan dan Implikasinya dalam Kewarisan)", ***Mimbar Hukum No. 39 Thn. IX 1998***

Suwardi, Aktualisasi Hukum Islam dan Pluralisme Agama, Tesis, (Semarang: Magister Ilmu Hukum Unissula, 2006)

Syamsuhadi Irsyad, "Menegakkan Citra Hukum", dalam ***Mimbar Hukum No. 39 Thn. IX 1998***

Syamsul Anwar, ***Studi Hukum Islam Kontemporer***, Cet. 1, (Yogyakarta: Cakrawala Prees, 2006)

Syamsulhadi Irsyad, " Politik Hukum Nasional dan Jalur-jalur Kontribusi Hukum Islam", ***Mimbar Hukum No. 29 Thn. VII 1996***

T.M. Shiddieqy, ***Filsafat Hukum Islam,*** (Jakarta: Bulan Bintang, 1975).

----------, ***Fiqh Mawaris,*** (Semarang: Pustaka Riski Putra, 1997).

Tahir Azhary, " Kompilasi Hukum Islam sebagai Alternatif: Suatu analisis Sumber-sumber Hukum Islam ", dalam ***Mimbar Hukum No. 4 Thn. II 1991***

----------, "Hukum Keluarga dan Kewarisan Islam dalam Masyarakat Modern Indonesia", ***Mimbar Hukum No. 10 Thn. IV 1993***

----------, ***Hukum Keluarga dan Kewarisan Islam dalam Masyarakat Modern Indonesia***, Makalah untuk Seminar Nasional: Pengadilan Agama sebagai Pengadilan Keluarga dalam Masyarakat Modern, 31 Juli 1993

Taufiq, ***Ijtihad Hakim Agama***, Makalah Disampaikan Pada Seminar Nasional Hukum Islam dan Perubahan Sosial, di Semarang, Oktober 1990

----------, "Lima tahun Undang-undang Peradilan Agama: Beberapa Pemikiran tentang Pengembangan Hukum Materiil dan Tenaga Teknis Peradilan Agama", dalam ***Mimbar Hukum No. 17 thn. V/1994***

----------, "Kebijakan-kebijakan Politik Pemerintah Orde Baru mengenai Hukum Islam (Sejarah dan Perkembangannya), ***Mimbar Hukum No. 32 Thn VIII 1997***

----------, "transformasi Hukum Islam ke dalam Ligeslasi Nasional", ***Mimbar Hukum No. 49 Thn. XI 2000***

----------, "Transformasi Hukum Islam ke dalam Legislasi Nasional", *Mimbar Hukum No. 49 Thn. XI 2004*

----------, ***Kedudukan Perempuan dalam Kewarisan Islam***, Seminar Nasional oleh Pusat Pengembangan Hukum Islam dan Masyarakat Madani, Bekerjasama dengan Majalah Mimbar Hukum dan Peradilan, Jakarta, 19 Pebruari 2010

Tim Ditbinbapera, ***Berbagai Pandangan terhadap kompilasi Hukum Islam***, (Jakarta: Yayasan al-Hikmah, 1993).

Umar Syihab, ***Al-Qur'an dan Kekeyalan Hukum,*** Cet. 1, (Semarang: Dina Utama, 1993)

W. Montgomery, ***Islamic Relevation in the Modern World,*** (Edinburgh: University Prees, 1969).

----------, ***Titik Temu Islam dan Kresten,*** (Jakarta: Gaya Media Pertama, 1996).

Wahbah az-Zuhaili, ***Al-Qur'an dan Dinamika Kehidupan,*** (Yogyakarta: Dinamika, 1996).

----------, ***Al-Fiqh al-Islam wa Adillatuh***, (Beirut: Dar al-Fikr, 1989).

Yahya Harahap, "Pengaruh Hukum Islam dalam Sistem hukum Nasional Indonesia", ***Mimbar Hukum No. 9 Thn. IV 1993***

----------, "Pengembangan Yurisprudensi tetap (bagian Pertama)" , dalam ***Mimbar Hukum No. 15 Thn. V 1994***

----------, "Pengembangan Yurisprudensi Tetap ", ***Mimbar Hukum No. 16 Thn. V 1994***

Yuhaya S. Pradja, ***Filsafat Hukum Islam***, (Bandung: Piara, 1993).

Yusuf al-Qardawi, ***Huda al-Islam Fatawa al-Mu'asirah,*** (Kairo: Dar al-Afaq al-Gad, 1978).

----------, ***Minoritas Non Muslim dan Negara Islam,*** (Bandung: Karisma, 1994).

----------, ***Sunnah Rasul sebagai Sumber Ilmu Pengetahuan dan Peradaban,*** (Jakarta: Gema Insani Prees, 1998).

Zaenal Abidin Abubakar, " Kompilasi dan Struktur Organesasi Peradilan Agama", oleh Moh. Mahfud dkk. (ed) dalam ***Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia***, Cet. 1 (Yogyakarta: UII Prees, 1993)

----------, "Pengaruh Hukum Islam dalam Sistem Hukum di Indonesia", dalam ***Mimbar Hukum No. 9 Thn. IV 1993***

Zaini Ahmad Noeh, " Lima Tahun Undang-undang Peradilan Agam (Sebuah Kilas Balik) dalam ***Mimbar Hukum No. 17 Thn. 1994***

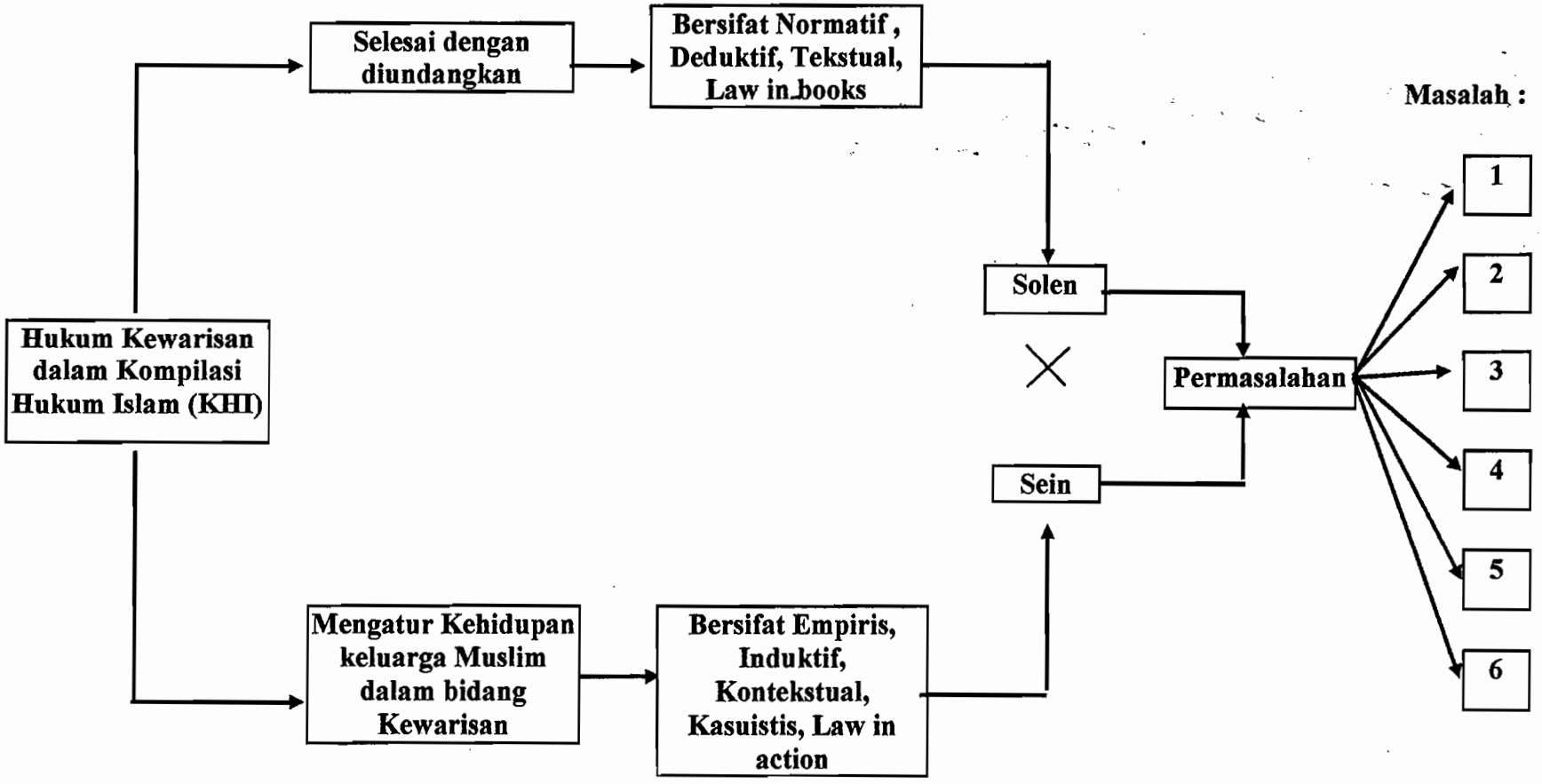
----------, "Kepustakaan Jawa sebagai Sumber Sejarah Perkembangan Hukum Islam", di dalam Amrulah Ahmad (ed), ***Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional***, Cet. 1, (Jakarta: Gema Insani Press, 1996)

Zainuddin Ali, " ***Pelaksanaan Hukum Kewarisan Islam di Kabupaten Donggala"***, (Disertasi Doktor Universitas Indonesia, Jakarta, 1995)

Zakiah Daradjat, ***Ilmu Fiqh,*** (Yogyakarta: Dana Vakti Wafaf, 1995).

Zarkowi Soejoeti, " Sejarah Penyusunan Kompilasi Hukum Islam di Indonesia", dalam Moh. Mahfud dkk. (ed), ***Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia,*** Cet. 1 (Yogyakarta: UII Press, 1993)

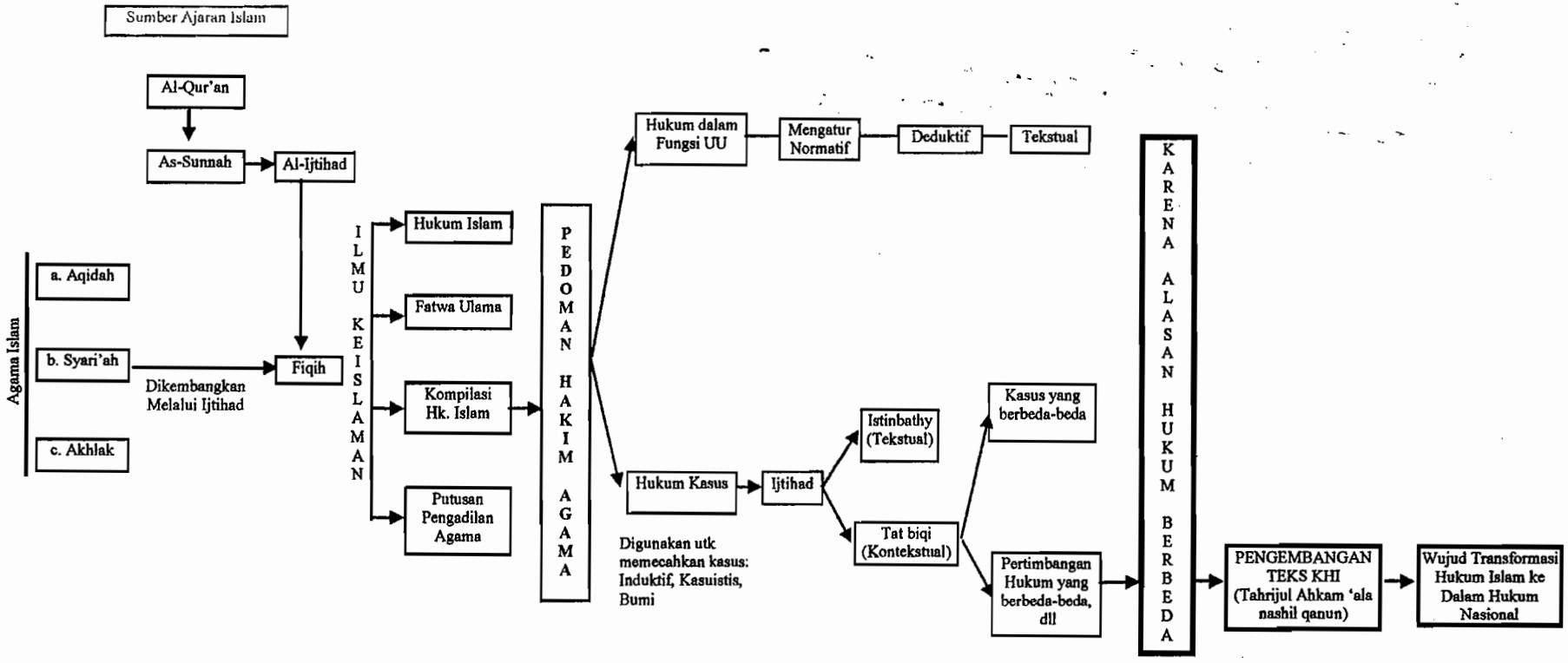
BAGAN 1
Latar Belakang Masalah
TRANSFORMASI HUKUM ISLAM KE DALAM HUKUM NASIONAL
(Studi Ijihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam dan Konstribusinya terhadap Hukum Nasional)



BAGAN 2

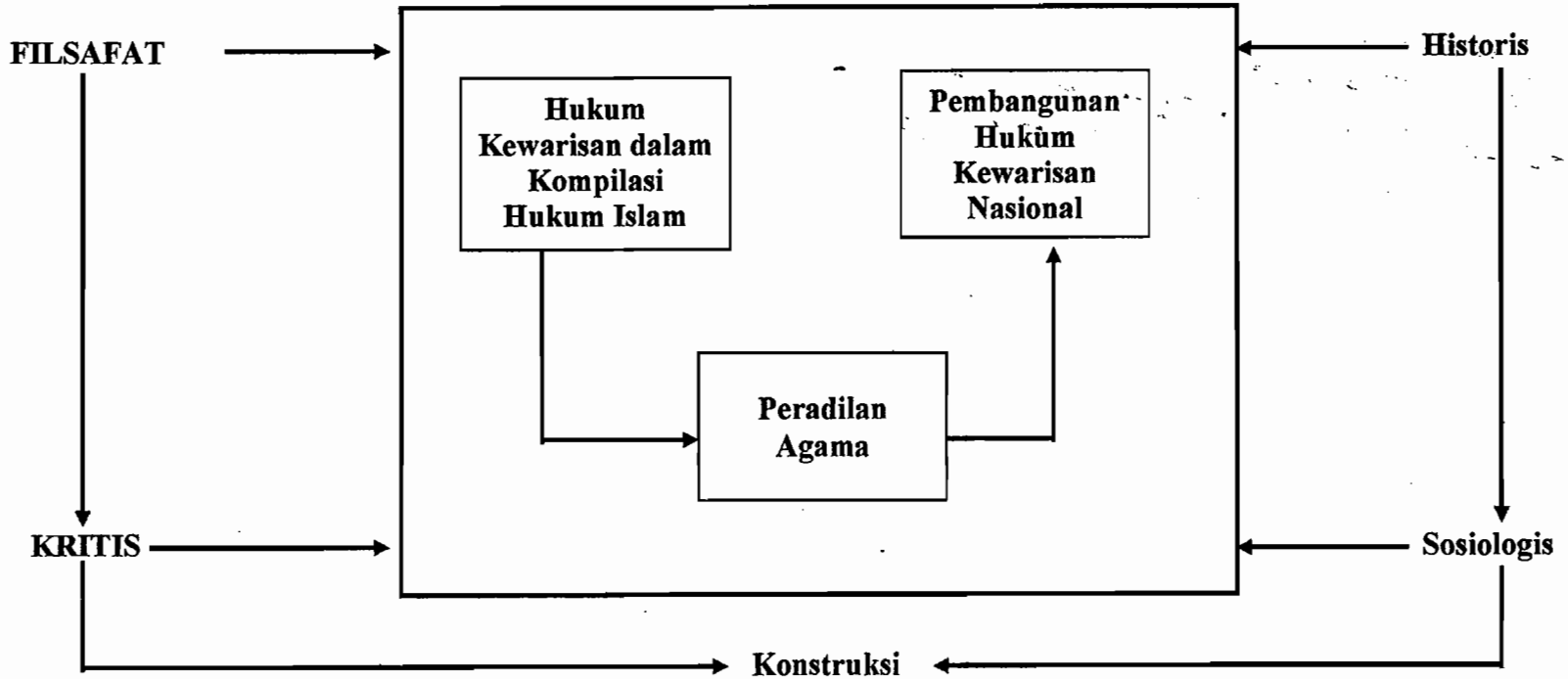
Hubungan Sumber Ajaran Islam, Agama Islam dan Ilmu Ke-Islaman
Pengembangan Teks Undang-undang (Tahrij al-Ahkam 'ala Nashil Qanun) dengan Metode Ijtihad

TRANSFORMASI HUKUM ISLAM KE DALAM HUKUM NASIONAL
(Studi Ijihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam dan Konstribusinya terhadap Hukum Nasional)



BAGAN 3
Kerangka Umum Pemikiran Disertasi

TRANSFORMASI HUKUM ISLAM KE DALAM HUKUM NASIONAL
(Studi Ijihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam dan Konstribusinya terhadap Hukum Nasional)

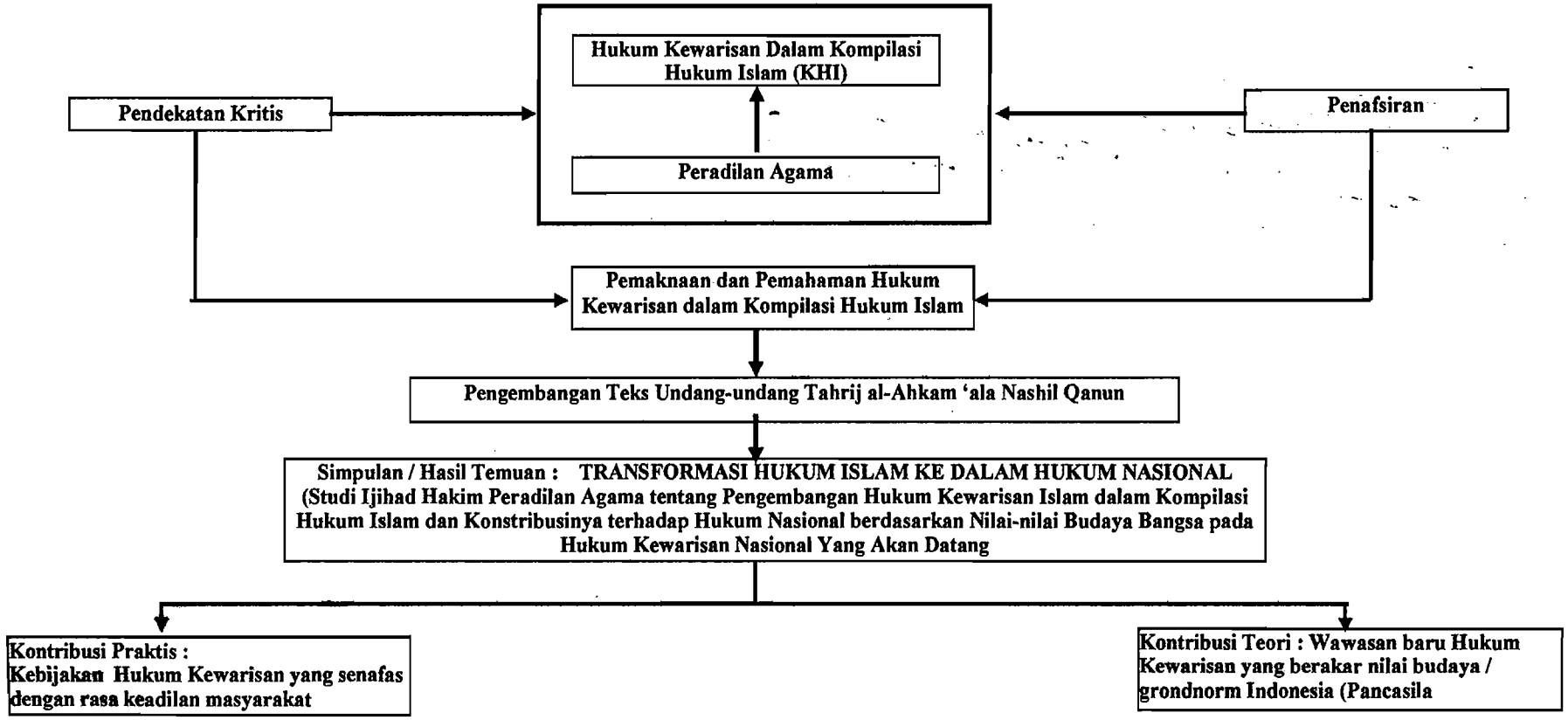


RAGAAN 4

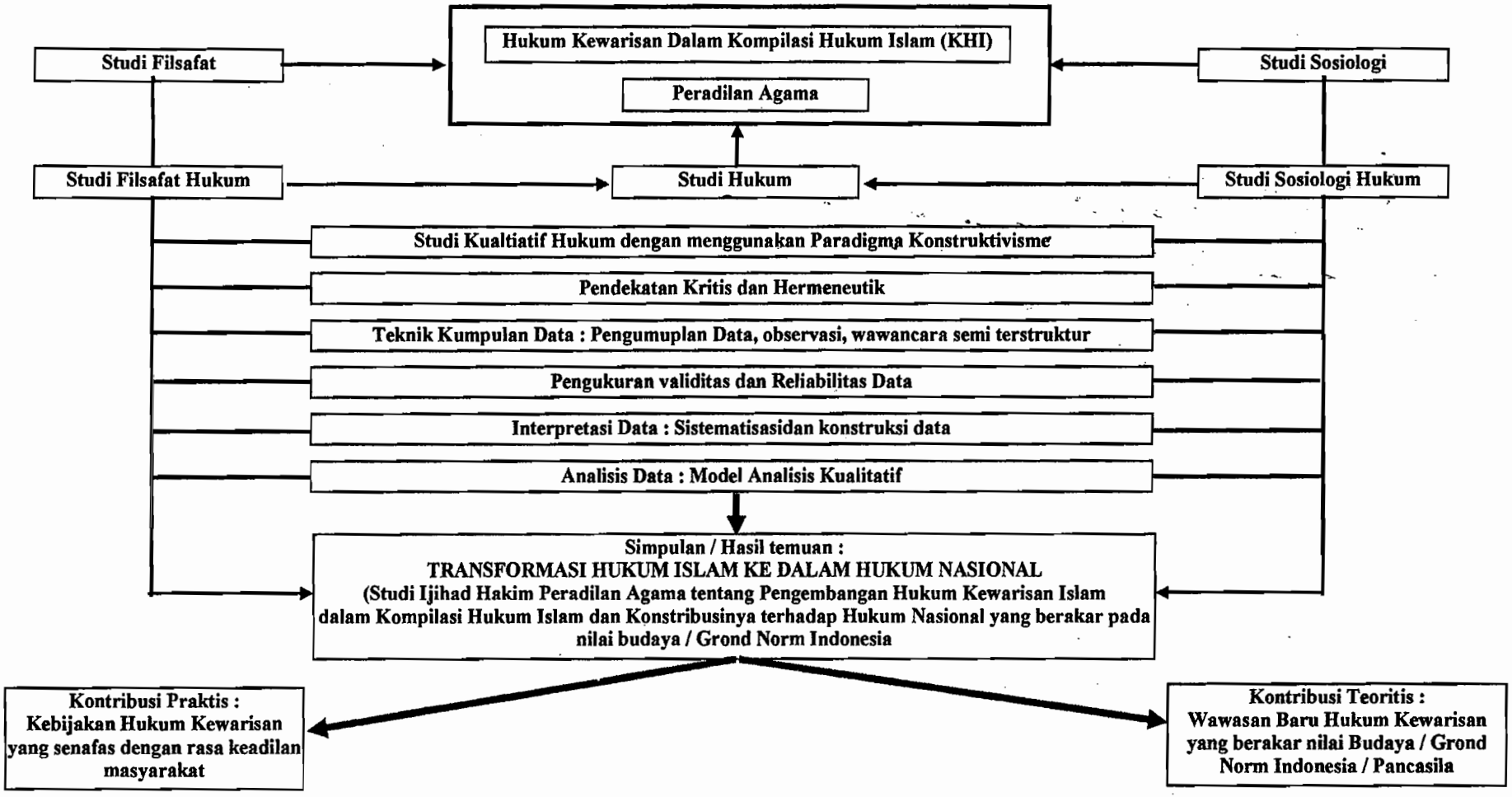
Kerangka Umum Riset Disertasi

TRANSFORMASI HUKUM ISLAM KE DALAM HUKUM NASIONAL

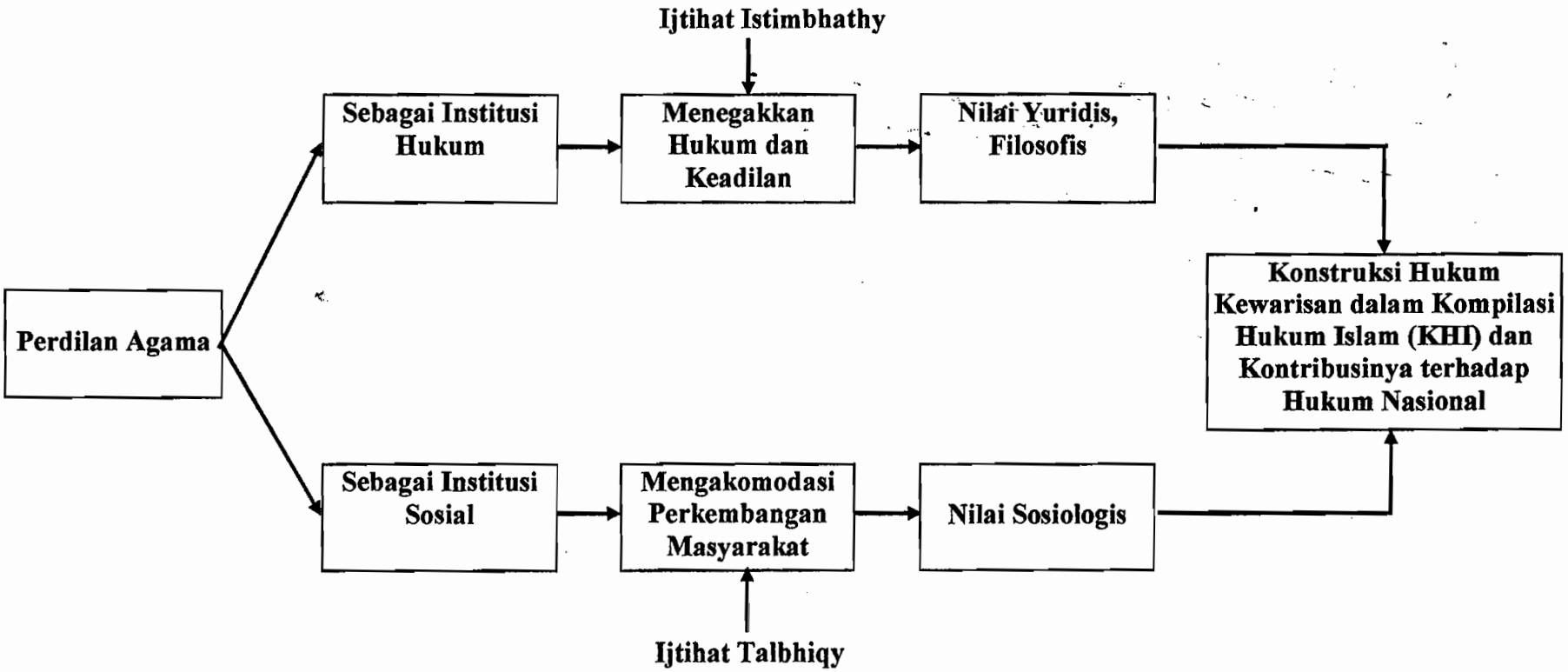
(Studi Ijihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam dan Konstribusinya terhadap Hukum Nasional



BAGAN 5
Kerangka Umum Riset Disertasi



RAGAAN 6
Fungsi Peradilan Agama
TRANSFORMASI HUKUM ISLAM KE DALAM HUKUM NASIONAL
(Studi Ijihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam dan Konstribusinya terhadap Hukum Nasional)



WORLD CLASS ISLAMIC UNIVERSITY
UNISSULA
UNIVERSITAS ISLAM SULTAN AGUNG

Kampus Merdeka
INDONESIA JAYA

Bismillah membangun
Generasi Khaira Ummah

ASIC
ACCREDITED PREMIER INSTITUTION

إِنَّا لِلَّهِ وَإِنَّا إِلَيْهِ رَاجِعُونَ

Rektor dan *Civitas Academica* Unissula

mengucapkan turut bela sungkawa
atas wafatnya

Dr. H. Akhmad Khisni, SH., MH.

Dosen Fakultas Hukum UNISSULA

Semoga Almarhum husnul khotimah diampuni segala kesalahannya serta diterima segala amal ibadahnya oleh Allah SWT. Dan mendapatkan tempat terbaik di sisiNya.
Semoga keluarga yang ditinggal diberikan ketabahan dan kesabaran.
Aamiin....

YourUnissula | Universitas Islam Sultan Agung | www.unissula.ac.id

BudAi | IGES

WORLD CLASS ISLAMIC UNIVERSITY

UNISSULA

UNIVERSITAS ISLAM SULTAN AGUNG

SEMARANG – INDONESIA

https://unissula.ac.id/

UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA